✠

POR

DOÑA CATALINA DE GRIMALDO Y VALDES, VIUDA DE FRANCISCO MARTINEZ ESCRIUANO DE CAMARA, QUE FUE DEL CONSEJO.

CON

DIEGO GONZALEZ DE VILLARROEL SUCESSOR EN EL DICHO OFICIO, COMO POSSEEDOR DEL.

SOBRE

La paga y restitucion de su dote, y demas pretensiones que tiene contra el dicho Diego Gonçalez de Villarroel.



Vpuesto el hecho que consta del memorial deste pleyto, la justicia de doña Catalina se representarà, discurriendo por las escrituras, en que se funda, tratando particular y ordenadamẽte de cada vna, y de las pretensiones que resultan della, y satisfaciendo a las excepciones, que se alegan en contrario; y despues desto se responderà a las excepciones comunes a todas las dichas escrituras.

Primera escritura de capitulaciones matrimoniales, fecha en Mondejar a 2. de Otubre de 1606. refierese en el memorial, fol. 3. b. in fine, & fol. 4.

ESta escritura junta con las otras justifica todas las pretensiones de doña Catalina, y particularmente funda en ella las dos que tiene contra Villarroel de quatro mil ducados, de que la hizo donacion Francisco Martinez; y otra de mil y quinientos ducados que se le deuen, como a heredera de doña Iuana de Chaues su madre.

Donacion de quatro mil ducados.

1 ESta partida se le mãdò pagar a doña Catalina dentro de 6. dias por la sentēcia del Alcalde Rodrigo de Cabrera, y del señor Licenciado Ioseph Gonçalez su acompañado, y pretende doña Catalina se ha de suplir la dicha sentencia en quanto no condenò al dicho Villarroel a pagar los reditos y interesses de los dichos quatro mil ducados, desde el dia de la muerte del dicho Francisco Martinez, y que se ha de confirmar en lo demas.

Por parte de Villarroel se alega, que esta donacion no tuuo valor en quanto excedia la decima parte de los bienes que tenia el dicho Francisco Martinez al tiempo que la hizo, que no erā mas de diez mil ducados, porque tenia sobre el oficio nueue mil de cargas. Y aunque bastara para no hazer caso desta excepcion no auerse verificado por parte de Villarroel, y auer prouado doña Catalina plenamente en la primera instancia, que al tiempo, que Francisco Martinez casò con ella, tenia por bienes suyos propios el oficio de escriuano de Camara, y vn censo de diez mil ducados de principal, y muchos muebles, tapicerias, plata, y otras cosas del seruicio y adorno de su casa, con opinion de hombre muy rico; no insistimos en esto por tener otros medios precisos, y concluyentes con que satisfacer a esta objecion.

3 Y asi respondemos, que estos quatro mil ducados no se deuē considerar como arras, sino como cantidad en que Frācisco Martinez dotò a doña Catalina, y de que le hizo donacion entre viuos, pura y perfeta, y esta no graciosa, sino recōpensatiua de muchas causas, que obligaron a ella, y tan necessaria para que tuuiera efeto el matrimonio, que sin ella no se hiziera, como lo tiene prouado doña Catalina en la segunda instancia, y mas cumplidamente en esta con mucho numero de testigos, que dizen, que respeto de las dificultades y diferencias que huuo en los tratados deste matrimonio no se efetuàra, sino le facilitàra esta donacion, cuyas causas fueron tantas, que menos, y menores bastaràn a justificarla, y escusarla del limite y tassa q̄ la ley del Reyno asigna a las arras; y destas causas se expressaron algunas en la escritura donde se dize, que por ser la dicha doña Catalina donzella virgen en cabello, y de principales deudos y parientes, y de tanta nobleza y calidad la dotaua y dotò en quatro mil ducados, &c. Y demas destas causas referidas en la escritura, y verificadas en el pleyto, huuo otras no menores (scilicet) ser la dicha doña Catalina de 18. años de edad, y Francisco Martinez de 60. como es notorio: y a mayor abundamiento està prouado en vna pre-

pregunta añadida: y no expressarse esta causa en la escritura fue cortesia y vrbanidad, pues referida a los contrayentes pudiera causar al vno verguença, y al otro tristeza: tambien ser viudo Francisco Martinez, y con hijo de doña Maria de Cohorcos su primera muger. Y no es de menor consideracion auerle ofrecido y entregado al dicho Francisco Martinez tanta dote con muger de tan auentajadas partes, que sin dote alguna pudieran hazer igual, y conueniente casamiento.

4 De todas estas causas qualquiera bastara a justificar esta donacion, y sacarla del limite de arras por auer sido recompensatiua delas calidades referidas, Bald. in l. fin. C. de donatio. ant. nup. Imol. in l. 1. ff. sol. matrim. Ias. in l. ex hoc iure, n. 35. ff. de iusticia & iure, Abb. c. 1. n. 8. de adulter. & c. fin. num. 7. de donat. inter, & in c. si necesse, n. 2. eod. tit. Præpositus in d. cap. fin. n. 7. & d. c. si necesse, n. 2. Alex. de Neuo in d. c. fin. num. 7. Tiraquel. plurimos referens, & sequens, de nobilit. c. 18. num. 19. Ioan. Lup. in rubric. de donatio. §. 31. num. 1. & §. 32. n. 7. Segura in l. cohæredi, §. cũ filia, n. 162. ff. de vulg. vbi Perez in additionibus, Castillo in proœmio legum Tauri, glos. verb. *Gratia*, §. sed quia, Couarr. in 4. decret. 2. p. §. 3. c. 3. n. 2. donde enseña, que valen semejantes donaciones, etiam constante matrimonio, y en qualquiera cantidad. *Quando fiunt vxori iuueni, seu generosæ in præmium iuuentutis, aut nobilitatis*: ad quod plures allegat Gregor. Lop. in l. 2. tit. 20. p. 2. vers. *Con la vieja*, ibi. *Quia si senex ducit vxorem iuuenculam, tenet donatio inter virum & vxorem, quasi sit remuneratoria*, Barbos. in l. quæ dotis, 39. num. 56. ff. solut. matrim. Valasc. consult. 4. num. 7. & consult. 5. n. 18. tom. 1. Molin. Theolog. tom. 2. de iustitia, disput. 289. §. Tertius si fuit, Ludouic. Lop. 2. p. instructorij, c. 4. y otros muchos Autores que omitimos por no ser dudable esta Dotrina. Y assi consta della, que qualquiera de las causas referidas diera firmeza a esta donacion, pues sola la nobleza de doña Catalina justificara mayor recompensa, Roderic. Suarez tit. de las arras, nu. 34. donde aunque comiença exemplificando el caso in marito plebeyo, despues se contenta con qualquier genero de inferioridad, ibi: *Si mulier superet virum, quia est nobilior viro, tunc in dubio præsumitur factum, non animo liberali, sed ob nobilitatis meritum.*

5 Contra esto se dize por parte de Villarroel, que Francisco Martinez confessò enla escritura caber los quatro mil ducados en la decima parte de sus bienes, y que assi fue esta promessa por via de arras, que con esta calidad no pudo exceder la decima parte de sus bienes.

6 Cæterum esto es de poco momento, porque quando sin perjui-

juizio de la verdad concedieramos, que la donacion se hizo con nombre de arras solamente, y sin otra forma y firmeza, que pudiera saluarla en el excesso de la decima parte de los bienes: Adhùc seria firme y valida, atendiendo à las causas por que se hizo, y no al sonido de las palabras, text. singular. ad propositum in sua specie in l. si vno in princ. ff. locati, ibi: *Sed si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio.* Y assi el acto no se deue censurar por el nombre que se le da, sino por las causas y fines porque se hizo, l. insulam, ff. de præscript. verb. l. si olei, & ibi notatur, C. locati, l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mortis, c. constitutus, de religiosis domibus, Oldrald. cons. 139. Purpurat. in l. 2. col. antepen. ff. si cert. petat. latè per Tiraq. lib. 1. de retractu, §. 32. nu. 34. glos. 1. & non quid dictum, sed quid actum à partibus inspiciendum est, l. semper in stipulationibus, 39. ff. de regul. iur. l. sed Celsus, §. 1. ff. de contrah. empt. l. fin. C. quæ res pignori, ibi: *Cum sit iustum voluntatẽ contrahentium magis, quàm verborum conceptionem inspicere.* Y es tã cierto lo dicho, que quando el animo, y voluntad de Francisco Martinez no se conociera tan claramente de la expresion delas causas referidas, bastara auerlas, aunque no se expressassen en la escritura, para que en duda se presumiesse auerse mouido por ellas a la dicha donacion, Roderic. Suar. loco citato, ibi: *Tunc in dubio præsumitur factum non animo liberali, sed ob nobilitatis meritum.* Aluar. Valasc. d. consult. 9. n. 6. & 7.

7 Y lo dicho se haze mas indubitable, aduirtiendo, que los Autores del Reyno citados, y otros que no referimos, hablan en terminos de arras, y en ellos resueluen, que aunque la promessa sea excesiua, si se haze por alguna de las causas referidas es valida, pręter relatos Azeued. in l. 2. n. 11. tit. 2. lib. 5. donde despues de auer assentado, que la promessa de arras no vale vltra decimam, dize: *Valet tamen in vim donationis factæ ex causa iuuentutis, nobilitatis, aut causæ alterius, si hac conditione matrimonium contrahitur*, como en nuestro caso donde fue esta vna de las capitulaciones matrimoniales de la escritura, Greg. Lop. in l. 2. glos. 4. tit. 11. part. 4. Roder. Suar. tit. de las arras, num. 34. circa finem, Ayora de partitio. p. 1. c. 7. n. 30. La razon desto es, que quando al contrato le falta la solenidad necessaria para valer en la forma que suena el consentimiento de las partes, le conserua en la que pudo valer, l. si vnus, §. si acceptilatio, ff. de pact. iuncta lege, an inutilis, in princip. ff. de acceptilatio.

8 Secundò respondemos, que lo dicho ha sido ex abundanti, porque el intento y voluntad de Francisco Martinez no fue prometer

meter arras a doña Catalina, sino dotarla, y donarla quatro mil ducados por las causas referidas: y confessar que cabian en la decima parte de sus bienes, fue mostrar enixamente la voluntad que tuuo de que esta donacion fuesse firme y valida por todos los modos juridicos, y possibles: y por si no pudiesse valer como arras la asseguro, siendo necessario por via de donacion entre viuos, pura y perfeta, como consta de la escritura, donde despues de auer confessado caber en la decima parte de sus bienes, para no dexar duda a la fuerça de su obligacion, se sigue: *Y siendo necessario para mas validacion le hizo gracia y donacion de los dichos quatro mil ducados, pura, mera, &c.* Y luego: *La qual le hizo por donacion, y quiso que valga, aunque exceda, &c.* Clausula que no dexa duda en este articulo, pues de su sentido y palabras consta con euidẽcia, auer querido Francisco Martinez, que en caso que no pudiesse valer esta promessa como arras, valiesse como donacion remuneratoria, ibi: *Y en caso necessario, &c.* Iuxta textũ in l. Codicillis, de leg. 2. l. 2. §. 1. ff. de iure codicillorum, cum vulgatis.

9 Y esta verdad se comprueua tãbien cõ no menor euidencia de otra clausula puesta en la escritura que otorgò Francisco Martinez, ante Andres de Ribera, ibi: *Otro si digo, &c.* Que bastàra a interpretar, y declarar la clausula referida quando no fuera tan euidente, ex l. hæredes palàm, ff. de testam. Vnde concludimus, que la voluntad de Francisco Martinez no pudo recebir ofensa, ò diminucion, por auer confessado caber la donacion en la decima parte de sus bienes, aun quãdo estas palabras fuessen superfluas; nam ea, quæ abundant, non solent vitiare scripturas, l. 95. ff. de regul. iur. cum vulg. Mayormente considerando, q̃ para prometer arras, y ser valida la promessa no es necessaria causa alguna de las referidas, ni aũ la de virginidad, pues se pueden prometer a la viuda, ò a muger muy inferior en calidades al marido: y aunque vulgarmente se dize, que se dan en premio de la virginidad, es estilo de los escriuanos, y no causa necessaria de la promessa, como lo notò bien Greg. Lopez d. l. 1. tit. 11. p. 4. glos. en España.

10 Deniquè concludimus este discurso con vn entimema fortissimo: Si esta donacion no valiesse, seria precisamente, ò por defeto de facultad, y poder para hazerla, ò por defeto de voluntad. Defeto de facultad no le huuo en Frãcisco Martinez, pues pudo juridicamẽte hazerla por las causas referidas, como se ha prouado; y menos huuo defecto de voluntad, pues la tuuo tan enixa, y eficaz de recompensar a doña Catalina con esta donacion, como consta de lo dicho: y assi pues no dexò de valer por

alguna deſtas dos cauſas,es preciſo confeſſar que es valida.

11 Oponeſe tambien por la parte contraria, que ſi eſta donacion lo es, no puede doña Catalina competir en virtud della con Villarroel, reſpeto de que no es dote, ni la competen los priuilegios de tal, iuxta legem aſsiduis, ad finem; y aſsi aunque ſea poſterior el derecho de Villarroel, es mejor que el de doña Catalina por ſer donataria, y en las donaciones no ſe atiende para la prelacion a las fechas de las eſcrituras, ſino al tiempo de la muerte de los donadores.

12 Aunque eſta opoſicion no pedia reſpueſta; tamen, por no dexar ocaſion de duda, dezimos, que la concluſion referida en la forma que ſe propone, no es cierta: demas que no neceſsitamos de diſputarla; porque quando lo fuera no obſtàra a nueſtro caſo. Primò, porque eſtos quatro mil ducados ſon parte de dote de doña Catalina, como conſta de las palabras referidas de la eſcritura en que la dotò en eſta cantidad: y ſiempre que el marido por donacion remuneratoria dota a la muger, tiene eſta donacion los miſmos priuilegios de hipoteca y prelacion que la dote. Ita in terminis indiuidualibus reſoluit Caſtillo con mucho numero de Autores, que alega lib. 3. quotidianarũ, capit. 4. num. 44. Vbi etiam reſoluit, que aunque no ſe diga, ſe preſume auerſe hecho la tal donacion por cauſa, o aumento de dote. Secundò reſpondemos, que la parte contraria ſe conuence con los miſmos Autores que alega, porque todos van llanos, en que quando la donacion no es meramente gracioſa, ſino remuneratoria, y recompenſatiua, tiene ſu prelacion a los demas acreedores, deſde el dia que ſe conſtituye la obligacion, y hipoteca. Nam donatio remuneratoria non eſt propriè talis, & pertinet ad titulum oneroſum, vt eſt vulgare, plenè Garcia in tractatu de donation. remun. numer. 3. & 5. Caſtillo loco citato, num. 45. plurimos referens reſoluit donationem remuneratoriam, quæ fit à marito vxori, eſſe contractum oneroſum, & de hoc non ſupereſt dubium.

13 Ex quibus apertè conſtat, q̃ ſe le hizo agrauio notorio a doña Catalina en no mãdarle pagar reditos de los dichos quatro mil ducados, de la manera que ſe mandaron pagar de las demas cantidades de ſu dote, pues eſtos quatro mil ducados ſon parte della, como queda fundado: y aſsi tiene por eſta cantidad los miſmos priuilegios de prelacion y hipoteca, y demas dotales: y eſperamos que V. S. ha de ſuplir la dicha ſentẽcia en eſta parte.

14 DESTA Pretension fue absuelto Diego Gonçalez de Villarroel por la sentencia del Alcalde, y su acompañado, y pretendemos, que se ha de reuocar en esta parte por ser clara la justicia de doña Catalina, entendidas bien las clausulas de las escrituras.

15 En la primera escritura referida se obligò Francisco Martinez en esta forma: *Y se obligaua y obligò a dar demas de alimentos a la dicha doña Iuana de Chaues, conforme a su viudez y calidad cien ducados de renta por su vida, para lo que ella quisiere: y para cumplimiento desta promessa hipotecò especialmente el dicho oficio de escriuano de Camara:* y doña Catalina como heredera de la dicha doña Iuana su madre pide esta renta de quinze años que viuio la dicha doña Iuana despues de la dicha promessa.

16 Por parte de Villarroel se opone, que esta clausula està alterada y nouada por otra escritura que otorgaron en Mondejar la dicha doña Iuana, y Frãcisco Martinez en 4. de Enero de 1607. años, en que despues de auer confessado Francisco Martinez auer recebido de doña Iuana a cuenta de la dote de doña Catalina, dize: *Y assi mismo se obligò, que darà alimentos a la dicha señora doña Iuana de Chaues y Valdes, conforme a la calidad de su persona, donde ella quisiere, por su vida, ò cien ducados en cada vn año, de los que la dicha señora doña Iuana viuiere: que lo vno, ò lo otro queda a elecion de la dicha señora doña Iuana: y en quanto a ella toca para escoger los dichos alimentos, ò cien ducados en cada vn año, y estar y passar por vna de las dos cosas, lo otorgo assi mismo por su parte.* Y aunque esta clausula en su primera corteza y sonido parece, que reduxo à alternatiua la copulatiua de la primera escritura, y que conforme a esto cumplia Francisco Martinez con auer alimentado a la dicha doña Iuana. Tamen, aplicando la consideracion mas atentamente a su verdadera inteligencia y sentido, se conoce claramente, que por ella no se alterò cosa alguna en perjuizio del derecho, que doña Iuana tenia en la virtud de la primera escritura, antes se mejorò con la facultad que se le dio de eligir alimentos, ò cien ducados en vez dellos: y esto se conuence de que los cien ducados que se obligò a dar Francisco Martinez en la primera escritura, fueron ademas de alimentos para lo que doña Iuana quisiesse en orden a que doña Iuana ademas de sus alimentos tuuiesse algo, de que socorrerse en sus necessidades, y gastos extraordinarios, y assi en quanto a estos cien ducados no contiene derogacion, ni alteracion alguna.

La

La ſegunda eſcritura,porque en ella ſolo ſe diſpuſo en fauor de doña Iuana,que en vez de los alimentos a que eſtaua obligado Franciſco Martinez pudieſſe eligir cien ducados. Y auiendo de ſeruir eſtos para alimentos,en caſo que doña Iuana los eligieſſe,es llano no ſer eſtos cien ducados los que ſe obligò a dar Franciſco Martinez en la primera eſcritura,ademas de alimentos,y que los cien ducados de la ſegunda tienen diferente conſideracion:y aſsi la ſegunda eſcritura obrò en fauor de doña Iuana el poder eſcoger,o ſer alimentada por Franciſco Martinez,ò cien ducados para alimentarſe:y eſta inteligencia de la clauſula referida es tan literal,y ajuſtada a ſu ſentido,que carece de toda violencia. Y lo que mas es,quando las palabras no fueran tã claras,y huuiera duda en ſu ſentido,ſe deuiera interpretar de forma,que no recibieſſe perjuizio,ni alteracion el derecho de doña Iuana de Chaues: y eſto era preciſo por muchos fundamẽtos.

17 Primò,porque en duda no ſe preſume nouada la primera obligacion,ſino ſe dize expreſſamente por las partes,ex text. vulg. in l.vlt.C.de nouatio.vbi omnes , ò por lo menos que ſe conozca por conjeturas concluyentes,que las partes tuuieron animo de donar,y eſtas han de ſer indubitables,y que no admitan otro ſentido,vt cum pluribus reſoluit Greg.Lop.in l.2 5.tit.19.par. 5.gloſ.6.

18 Secundò,porque en nueſtro caſo no ſolo faltan eſtas conjeturas para inducir nouacion,antes las ay muy claras de lo contrario,pues con la inteligencia propueſta ſe compadecen ambas eſcrituras, ſin que ſea neceſſario inducir alteracion de la primera en quanto a eſtos cien ducados. Et quando ſecunda cõuentio ſe compatitur cum prima,non cenſetur inducta nouatio primæ,Menoch.lib.3.præſumpt.præſumpt.134.n. 19. Mayormente quando la ſegunda eſcritura ſe hizo ſin comemoracion de la primera,como en nueſtro caſo:nam tunc non cenſetur à prima receſſum,idem Menoch. vbi ſup.n.17.per text. in l. non ad ea,ff.de condit.& demonſtrat.vbi per ſecũdum legatum factum ſub conditione,ſine cõmemoratione primi purè facti, nõ videtur à primo receſſum,nec mutatam eſſe voluntatem.

19 Tertiò,porque etiam de iure digeſtorum,quando la ſegunda obligacion minora,y detrae a la primera,como ſe pretẽde por la parte contraria,en nueſtro caſo no ſe preſume donacion, ita Bart.in l.pen.n.3.ff.de præt.ſtipulat.& ibidem Angel.col. 2. & Imol.Ludouic.Bolognin.conſ.59.col.3.Alex. conſ.193.nu. 3. lib.6.Crau.cõſ.167.n.12.Rot.deciſ.162.n.2.1.p. in nouiſsimis, ex l.qui vſumfructum, ff.de verb.obl.l.ſi ſtipulatus,§.actum,ff. de nouatio.

Quar-

20 Quartò, porque en duda no se deuiera presumir, que doña Iuana hiziesse vna renunciacion tan prejudicial a su derecho, no auiendo causa que pudiesse mouerla a esto, antes la auia de lo contrario, pues no es verisimil, que quando tenia la hazienda en su poder, estipulasse alimẽtos, y de mas dellos cien ducados en cada vn año, y quando se la entregò a su yerno, se contentasse con vna destas dos cosas solamente, siendo asi, que en este tiempo se auia de preuenir y cautelar, assegurando mas lo necessario para viuir sin indecencia, y asi quando este caso tuuiera duda, que no la tiene; no se deuiera presumir renunciacion del derecho que la pertenecia por la primera escritura, sino auerse querido mejorar por la segunda, con la elecion de poder recebir los alimentos en casa de su yerno, ò cien ducados por ellos para poder viuir donde quisiesse; y esto no lo pudiera conseguir con los cien ducados solamente sin los otros ciento que le le prometieron, a demas de alimentos, & ita renuntiatio tacita nõ debet induci, quando actus necessariò nõ inducit renuntiationem: maximè quando potest sumi alia interpretatio, vel coniectura, quàm renuntiatio iuris proprij, plenè Crauet. cons. 747. n. 17. vbi plura ponit exempla. Dec. cons. 21. n. 76. lib. 1.

Segunda escritura, otorgada en Mondejar el mismo año de 607. de 41 ſ. y tantos reales, que recibio Francisco Martinez por cuenta, y parte de la dote.

21 Esta cantidad recibio Francisco Martinez a cuenta de la dote prometida en dinero, azeyte, y bienes muebles estimados: ay fee de entrega, y obligacion de boluer los muebles en especie, o el valor que dellos procediesse, como todo consta de la misma escritura: y en esta parte pretende doña Catalina, que se ha de confirmar la sentencia del Alcalde, y su acompañado, en que condenaron a Villarroel a pagar esta cantidad con reditos.

22 Contra esta pretension se opone por parte de Villarroel, que estos bienes no fueron estimados juridicamente por personas peritas: y q̃ la obligacion fue de boluerlos en especie, o su valor; y auiendose consumido, como doña Catalina dize, quedò libre Francisco Martinez de la restitucion, y asi no se puede pedir a Villarroel cosa alguna.

23 Esta objecion es fragil, porque la estimaciõ y aprecio en que la muger da, y el marido recibe los bienes dotales, es legitima, y haze verdadera compra, sin que para esto sean necessarios arbitros, ni tassadores, vt expresse deprehenditur ex l. 16. tit. 13. p. 4. ibi: *Cà apreciada seria como quando dixesse el q̃ la dà: do vos tal cosa,*

 ò tal

ò tal viña, è apreciola en cien marauedis, è non seria apreciada, como si dixesse simplemente el que la dà: do vos tal heredad, ò tal casa en dote. Y Gregor. Lop. colige destas palabras, que el consentimiento de las partes en la estimacion haze verdadera compra, glos. 1. ibi: *Habes hic declaratum, quando dos dicatur data æstimata tali æstimatione, quæ facit emptionem: debet enim fieri iste contractus cum viro, & debent in simul consentire in æstimatione, vt dicit glos. in l. consensum, ff. de action. & obligat.* Y assi quando interuienen tassadores, no es requisito necessario, sino voluntad de las partes para certificarse del valor de las cosas, quando no les consta del por otros medios, y es lo mismo conuenir en la estimacion, que cometerla a terceros: ita in specie Mascard. concl. 664. donde tratando, que la estimacion haze venta, subiungit, n. 5. ampl. 3. *Siue æstimatio tunc fiat, siue committatur arbitris, seu alteri personæ, quæ debeat æstimare.* Idem videtur probare Alex. cons. 79. lib. 5. expressè etiam Azeued. cons. 4 n. 73. ibi: *Sufficitquè partium taxatio, & æstimatio, licèt æstimatores non nominentur.* Barbos. in l. si æstimatis, 51. ff. sol. matrim. n. 1. ibi: *Ita etiam valebit hæc tacita venditio, si earum æstimatio conferatur in tertij arbitrium.* Purpurat. in l. ex conuẽtione, n. 33. C. de pact. vt enim inquit Socin. cons. 57. aliàs 56. n. 7. lib. 1. idem est pretiũ declarari per partes, vel per arbitros de consensu partium, Soc. etiam refert & sequitur Neuis. in sylua nupt. fol. mihi 193. in paruis, n. 70. Y destos lugares se colige ser mas propia estimacion la que se haze por las partes, que la que se comete a tassadores: y es la razon, que para la justificacion de qualquiera contrato de compra y venta, no es necessario que la cosa q̃ se vẽde se estime por terceros, sino que las partes conuengan enel precio, vt est notũ; y assi es lo mismo en esta venta, que se causa en la estimacion de bienes dotales.

24 Y quando no fuera tan claro, que esta estimacion fue juridica, y causò venta, cessara toda duda con auerse obligado Francisco Martinez, porque de aqui es preciso reconocer q̃ passò en el el dominio, pues en virtud desta clausula puede el marido retener los bienes que se le entregaron, aunque no se ayan consumido, y la muger los pida, y cumple con dar el valor en que se estimaron, efecto cierto de que es señor dellos, pues sino lo fuera, no cumpliera, sino con los mismos bienes, queriendolos la muger. Y la razon de la ley cum post, §. cum res in dotem, ff. de iur. dot. para que la estimacion no cause venta, ni dominio en el marido, sino liquidacion del valor, es obligarse el marido en la especie deste texto a boluer las mismas cosas: quo casu, las ha de restituir precisamente, volente muliere, y no cumplirà con

dar

dar el precio, vt patet ex ſuis verbis, ibi: *Cum res in dotem æſtimatas ſoluto matrimonio reddi placuit, ſumma declaratur, non venditio contrahitur.* Hazeſe eſto mas indubitable, conſiderando, que quando la obligacion es de boluer los bienes, ò ſu valor, vt in noſtro caſu, puede el marido enagenarlos, text. formalis in l. 11. ff. de fund. dotal. his verbis: *Quòd ſi fundus in dotem æſtimatus datus ſit, vt electio eſſet mulieris, negauit alienari fundũ poſſe: quod ſi arbitrio mariti ſit, contra eſſe*, argumento euidente, de que quando la obligacion es alternatiua de boluer los bienes, ò ſu valor, obra venta, y translacion de verdadero dominio en el marido, que ſin eſto no pudiera enagenarlos, etiam conſentiente muliere, vt ſunt iura vulgaria. Y es requiſito neceſſario para que los pueda enagenar, que la eſtimacion cauſe venta, gloſſa expreſſa, quã omnes ſequuntur, in principio, inſt. quib. alien. lic. verſ. *Dotale prædium.* Y quando no conſtara con tanta euidencia por los fundamentos referidos, que la eſtimacion obrò venta en nueſtro caſo, en duda ſe deuia juzgar que la hizo; nam vt eſt commune placitum, æſtimatio in dubio, & regulariter facit emptionẽ, l. 1. §. æſtimatarũ, & §. æſtimatas, C. de rei vxoriæ actione, l. 3. & ibi Bart. ff. locati, & alij plurimi, quorum multos refert Tiraq. de retract. linag. gloſ. 14. n. 20.

25 Ex dictis conſtat, que auiendoſe cauſado venta por la eſtimacion y dominio en Franciſco Martinez, es conſequẽcia neceſſaria, que quando ſe huuieran conſumido ſeria por ſu quenta y rieſgo, como ſeñor dellos, vt ſunt iura vulgaria: y conſiguientemente ſe deue el valor a doña Catalina, quedando deudor liquido del por auerſe extinguido la elecion, de quo eſt text. formalis, & expreſſus in l. plerumquè, §. fin. ff. de iur. dot. in tota ſua ſerie, maximè illis verbis: *Sed ſi res non extet, æſtimationem maritus omnino præſtabit.* Y es de notar, que para eſto no es neceſſario llegar a conſiderar fauor, ò priuilegio alguno de la dote, ſino la naturaleza de la obligacion alternatiua en que tiene elecion el deudor, y ſin embargo extinta vna de las coſas eſtipuladas, queda preciſamente obligado a dar la otra, l. Sticum, aut Pamphilum, 95. ff. ſolut. cum vulgat. Y es la razon, que ſi conſumida, o extinta vna de las coſas obligadas ſe librara el deudor, quedara a ſu arbitrio no ſerlo todas las vezes que quiſieſſe, conſideraciõ ſingular de la ley non vtiquè, aliàs arbitraria, ff. de eo quod certo loco, ibi: *Cæterum vbi alter deceſſit extingui eius electionem, ne ſit in arbitrio eius, an debeat dum non vult viuum præſtare, quem ſolum debet*; razõ que ſe aplica mas viuamente a la alternatiua de boluer los bienes dotales, o ſu eſtimacion, pues ſi conſumidos, quedaſſe libre el marido, eſtaria en ſu arbitrio dexar de ſer deudor, diſponiẽdo ocul-

ocultamente dellos, pudiendolo hazer con gran facilidad, como quien tiene el dominio y gouierno, y cõ esto librarse de dar la estimacion por dezir se consumieron dolo, que fuera tan frequente como facil vsar del en fraude de las dotes, cuya conseruacion, como tan importante al bien publico fauorece tanto el derecho.

26 Deniquè, se confirma este discurso en terminos indiuiduales, con la dotrina del señor Presente Couar. pract. q. 28. n. 4. donde enseña, que quando el marido se obliga a boluer los bienes, o su valor, se contrae venta por la estimacion, ibi: *Quartò, tunc æstimatio rerum dotalium emptionem manifestè facit, cum pactum fuerit soluto matrimonio res ipsas, vel earum æstimationem arbitrio, & electione mariti restituẽdas esse.* Y de aqui resuelue, que en este caso deue el marido la estimacion, aunque las cosas se ayan consumido sin culpa suya, leue, o leuissima, ibi: *Sed & in hoc quarto casu maritus re penitùs extincta, etiam absquè vlla eius culpa, leui, vel leuissima, tenebitur præcisè ad eius æstimationem.*

27 Manet igitur ex dictis, que en qualquier caso tiene el marido obligacion a restituir la estimacion, no solo quãdo enagenò los bienes, sino tambien quãdo los consumiò, o se consumieron sin su culpa: y esta conclusion es tan cierta, que aunque no se huuiera demonstrado con tanta euidencia, se comprueua expressamente de la ley plerunquè, referida in verbis relatis: *Sed si res non extet, æstimationem maritus omnino præstabit*; ponderãdo la palabra, *non extet*, indistinta y general para comprehender qualquiera caso, per quem res non extet: y la palabra, *omnino*, que significa, y vale lo mismo que omni casu, & omni modo, Bart. in l. Græcè, §. illud, n. 2. ff. de fideiussorib. Y lo mismo, que penitùs, totaliter, & indistinctè, Roland. à Valle, alios referens cons. 84. n. 24. lib. 1. Y es decision precisa, c. cùm ex eo, cum ibi notatis, de elect. in 6. Felin. in cap. ex parte, el 1. de offic. deleg. in prin.

82 Por parecerme, que con lo dicho no queda escrupulo de duda en este punto, y no alargar este papel, omito questiones, que si fueran necessarias, se resoluieran en fauor de doña Catalina. Veluti. Si en duda quando no parecen los bienes que se le entregaron al marido, se ha de presumir que los enagenò, o que se consumierõ? Y a quien pertenece prouar lo vno, o lo otro: mayormẽte si el marido es gastador, o dissipador, como Francisco Martinez? Mas todo esto no es necessario, y solo se aduierte, q̃ auiẽdo se obligado Francisco Martinez a boluer los bienes, o el valor que procediesse dellos, se colige, que tuuo animo de venderlos, y enagenarlos: y esto se conoce mas, de que el tenia quando se

caso

caso todas las alhajas, y muebles necessarios para su casa; y por no necessitar de los que se le dauan para el seruicio y adorno della, tuuo intento de venderlos: y assi no estando en ser, se deue presumir que dispuso dellos conforme la intenciō que tuuo quando los recibio: nam sequentia declarantur, & interpretantur ex animo præcedenti, vt est vulgatum.

Tercera escritura de recibo de veinte y dos mil trecientos y quarenta y tres reales.

29 OTorgòse en Madrid a doze de Abril del año de seiscientos y siete ante Andres de Ribera, y consta por ella, que recibio Francisco Martinez de doña Iuana de Chaues, para mas aumēto de dote catorze mil y trezientos reales de contado, y cantidad de joyas, que tassadas a su satisfacion, sumaron juntamente con el dinero los dichos veinte y dos mil trezientos y quarenta y tres reales, y se obligò a conseruarlos en lo mejor, y mas bien parado de su haziēda, y a boluerlos dissuelto el matrimonio, y ay fee de entrega del escriuano.

30 De la verdad, y legalidad de las otras escrituras no se ha dudado, aunque doña Catalina las ha comprouado ex abundanti, esta solamente ha redarguydo de falsa Villarroel; y para verificar esta falsedad se vale de algunos medios de poca sustancia, a que responderemos con euidencia.

31 Dize, que esta escritura tiene emienda y testadura en la fecha, porque deuiendo sonar su otorgamiento en doze de Abril de mil y seiscientos y diez y siete (que fue algunos años despues de la venta de su oficio) para ganar doña Catalina antelacion a ella se borrò el numero *diez* dexando el *siete*, para que sonasse la fecha del año de seiscientos y siete. Y aunque es cierto, que la emienda, o testadura en parte sustancial quando no està saluada, haze sospechoso el instrumento, vt ex l. si vnus, §. de his, C. de testamentis, & ex glos. verbo, vitiatum, in l. final, C. de edicto, diui Adriani, & vtrobiquè Doctores communiter.

32 Tamen in nostro casu no puede esta consideracion hazer dudosa la fee de la escritura, porque de su misma inspeccion se conoce claramente, que las palabra *diez* se escriuio por yerro del escriuiente, y no saluarla fue descuydo del escriuano, y y desto haze euidencia la misma escritura en su principio, donde refiriendo la otra escritura de recibo delos 41 ꝰ. y tantos

 rea-

reales,se dize. *Su fecha en 4. dias del mes de Enero deste presente año de 1607.* palabras que saluan de toda sospecha la dicha testadura, pues se vee por ellas, que el instrumento se otorgò el dicho año de 607. y consiguientemente, que auerse escrito en la fecha *diez y siete*, fue yerro conocido, porque la sospecha que pudiera causar la testadura, o cancelacion de vna parte, se purga y deshaze con las palabras antecedentes, o subsiguientes del instrumẽto, glos. fin. in cap. cum venerabilis, de relig. domib. vers. Propter circa medium, ibi: *Item quid si rarum sit in vno loco? Et tamẽ per alia, quæ posita sunt in instrumẽto probetur benè propositum? Videtur, quòd sufficiat ad probandum, & hoc satis potest concedi, &c.* Sequuntur ibi Anton. de Butr. circa fin. & Abb. n. fin. eleganter Alex. cõs. 14. vol. 6. n. 14. donde lo comprueua singularmente, & pluribus adductis Alexand. Trentacinq. lib. 2. var. resol. 12. de fide instrum. num. 13.

33 Verificase mas lo dicho de auer estado en la fuerça del Arache desde el año de 610. Pedro Gonçalez de Vesga, testigo instrumental desta escritura, sin auer venido a esta Corte, donde se otorgò, en todo este tiempo, como cõsta del pleyto: y assi se conoce, que no se pudo hazer esta escritura el año de 617.

34 Tambien se conuence, que esta escritura se otorgò antes que vendiesse el oficio Francisco Martinez; destas palabras della: *Vieren como yo Francisco Martinez escriuano de Camara, de los que residen en su Consejo Real de Iusticia.* Y es de notar, que destas mismas palabras se conoce, que no se nõbrò escriuano de Camara por el honor y memoria de auerlo sido, sino porque actualmente lo era, y exercia el oficio: porque sino fuera assi, no se dixera: *De los que residen en su Consejo, &c.* Y haze mas indubitable esta consideracion, que en la escritura de recibo de los bienes raizes, q̃ otorgò el año de 611. vn año despues de la venta del dicho oficio, no se nombrò escriuano de Camara, argumento de que si tantos años despues, como el de 17. en que dize Villarroel se otorgò esta escritura, se huuiera otorgado, no se pusiera *Escriuano de Camara, &c.*

35 Y porque no quede señal de escrupulo se pone vna consideracion, que a mi parecer ciñe el punto por todas partes, sin dexar resquicio à la duda. Por parte de Villarroel se puede dezir, que esta testadura y emienda se hizo por el escriuano al tiempo que se otorgò la escritura, o despues de otorgada, o por parte de doña Catalina: y ninguna destas cosas es verisimil, porq̃ si el escriuano hiziera esta escritura el año de *diez y siete*, con intẽto, y animo de que sonasse de *siete*, para dar antelacion a doña Catalina,

es cierto, que executarà el dolo con mas atencion, poniendo la fecha del año de *siete*, siendo este el fin principal de la falsedad, y en que se auia de tener mas cuydado, y no escriuir la fecha del año de *diez y siete*, para auer de cancelar el *diez*: y si fuesse tanta su inaduertencia y descuydo, que queriẽdo fabricar esta escritura cõ antedata del año de 7. escriuiesse 17. y testasse el *diez*, que no es verisimil, lo es mucho menos, que aduirtiendo despues este yerro, y testando el *diez*, no saluasse la testadura, siẽdo tan facil saluarla, y tan importante para encubrir la falsedad.

36 Y si se dize, q̃ despues de otorgada la escritura borrò el escriuano el *diez* para el efeto referido, no es creible q̃ q̃dasse vn instrumẽto acabado y perfeto, cõ vn encuẽtro tã essencial, y patẽte, como tener la fecha del año de 17. y dezirse en el principio: *Su fecha en quatro dias del mes de Enero deste presente año de* 607. Y si fue tanto el descuydo (quòd non videtur possibile) q̃ auiendo quedado la escritura en esta forma, quiso despues falsear, y testar el *diez* de la fecha; es cierto que no se descuydara tambien en saluar la emienda: pues no hazerlo assi seria vna stulticia crassissima, agena de la maña y preuencion de los que hazen semejantes falsedades, & non est verisimile, nec præsumendum, dolosum, & calidum latere, quod cuilibet pateret stolido.

37 Menos color tendria dezir, que por parte de doña Catalina se hizo esta emienda: porque era preciso suponer, que la escritura quedò acabada, y entregada a las partes con el encuentro tan sustancial y patente, como el de la fecha de la escritura, y las palabras del principio referidas, cosa a que no se puede aplicar el juizio. Y tambien, porque de la inspecciõ de la testadura, se aduierte, que es comtemporanea a lo escrito, y de la misma tinta y mano, consideracion del cap. inter dilectos, de fid. instrum. ibi: *Quia cum carta vetustissima videretur, recentior apparebat scriptura, tãquam non illo tempore facta fuisset*: & ibi glos. verb. *Videtur*, quam sequuntur communiter DD. ibidem, glos. fin. in d. c. cùm venerabilis, de relig. dom. ibi: *Sed quid si rasura apposita fuerit de eadem manu, non videtur quòd obstet.*

38 Vlteriùs se prueua, que la testadura fue contemporanea a lo escrito, y no saluar la omission, y descuydo del escriuano, sin auer en esto fraude de que la escritura tiene testada otra palabra, y se oluido de saluar ambas testaduras sin hazer mencion de alguna. Y assi constando tan claramẽte dela verdad, no puede su descuydo perjudicar a doña Catalina, mayormente quando qualquiera de las consideraciones propuestas fuera suficiente a euitar la nota desta emienda. Porque ademas, que siempre

el

el argumento à verisimili es fortissimo, & deductum dicitur à iure naturali: en materia de falsedad, es su eficacia mas particular. Rot. decis. 137. n. 3. 2. p. vbi dicitur: *Quòd in materia falsi verisimilitudo est multo magis spectanda*: Bald. in l. si extraneus, vbi copiose Ias. n. 6. ff. de cōdict. caus. dat. Menoch. præsumpt. 20. lib. 5. Y si lo verisimil tiene tanta fuerça contra el instrumento, mayor la tendra en su fauor para escusarle de falsedad; nam à pari, fortior est præsumptio, quæ pugnat pro instrumento, Bart. in l. 1. §. si quis ne egeat, n. 12. ff. quemadmodum testamenta aperiantur; latissimè Surd. cons. 173.

93 Oponese tambien contra esta escritura, que no ha parecido el protocolo: a lo qual se satisface con que se ha prouado cumplidamente, que la firma y signo della es del dicho Andres de Ribera, y que fue escriuano publico, legal, y de confiāça, y que a todos los instrumentos ante el otorgados se daua entera fee y credito en todas partes, que solo esto bastara para la firmeza desta escritura, ex l. 115. vbi Greg. Lop. latè prosequitur, tit. 18 part. 3.

40 Sed propriùs respondemus, que aunque el protocolo no parezca, no por esso pierde la escritura original su autoridad y firmeza. Bald. in rubr. C. de fide instrumen. n. 39. vbi post multa de hoc concludit: *Et ideo standum est instrumento publico, licèt non appareat de protocolo*. Y aunque Baldo se limita en este lugar quando el contrato fit in scriptis, la verdad, y lo que se pratica es, q̃ tambien en este caso vale el instrumento, aunque no parezca protocolo. Egregiè Couar. pract. c. 19. n. 3. despues de auer referido esta opinion de Baldo, dize: *Quam ipse falsam esse censeo quippè, qui existimem fidem habendam instrumento cui alioqui fides habēda est, quāuis non appareat protocolum, seu architypum; nec probet qui instrumentū producit illud esse casu aliquo perditum, etiamsi in scriptis fuerit contractus gestus: hanc sententiam opinor in praxi receptam fore, & hactenus receptā esse*. Rurs. & expressè idem Bald. cons. 464. vol. 4. egregiè Paul. Castr. cons. 125. n. 6. vol. 2. donde aduierte, que esto no admite duda quando no se halla el protocolo vniuersal del escriuano (como en nuestro caso) pues aunque se han hecho muchas, y diuersas diligencias en buscar el registro de Andres de Ribera, no se ha podido hallar, & vt dicit Bald. in l. fin. n. 15. C. de fid. instr. *Sapè contingit, quòd notarij restitutis instrumentis perdant protocola*. Idē tenet Felin. in c. cum P. de fid. instrum. sequitur & latè comprobat Alex. Trētac. lib. 2. var. resol. 10. de fid. instr. n. 2. Fachin. lib. 11. controuers. c. 38. Y la razon desto da Couar. vbi sup. en las palabras consecutiuas a las referidas, vbi videri potest.

Tam-

41 Tambien se dize contra la sustancia desta escritura, que Andres de Ribera fue priuado de oficio por falsario; y para esto se han presentado vnos papeles, que se dize ser de vn pleyto que passò ante Pastor de Acaeta en la sala de los Alcaldes desta Corte.

42 Esta objeciõ es tan vana como las otras: porque ademas que los papeles presentados no se sacaron con la solenidad necessaria, ni contienen prueua en plenario contra Andres de Ribera, y que su poca sustancia se reconocera del memorial del hecho, fol. 12. Ex abundanti respondemos, que quando fuera cierto lo que se dize, y auer sido priuado de oficio Andres de Ribera: esta escritura se hizo mucho tiempo antes, y assi no pudiera quitarla su firmeza la condenacion posterior, ex doctr. communi et vulgari, quod antea gesta per tabellionem priuatũ, & condemnatum, valent. Bald. cons. 444. in prin. lib. 1. & 347. in princ. lib. 3. Iul. Clar. qui communem dicit, §. fin. q. 73. n. 4. vers. Notarius. Et est ratio, quia de præsenti non præsumitur in præteritũ, Crau. cons. 190. n. 3. Alciat. de præsumpt. præsumpt. 96. quod in tantum est verum, vt etiam pendente accusatione valeant confecta ante condemnationem diffinitiuam, Castill. cons. 30. n. 17. vbi latè per totum, Castrens. cons. 103. lib. 2. verb. *Secus*. Latissimè Farinac. de falsitate.

Declaracion de Pedro Gonçalez de Vesga.

43 REconociendo Diego Gonçalez de Villarroel su poca justicia, para esforçarla se ha valido de diligencias extraordinarias, que manifiestan mas su flaqueza, y vna dellas es la declaracion de Pedro Gonçalez de Vesga, testigo instrumental desta escritura, que reside en la fuerça del Arache: la qual declaraciõ no solo no detrae a la firmeza desta escritura, antes apoya la justicia de doña Catalina, pues se vee por ella de quan violẽtos y estraños medios vsa Villarroel para ofuscarla, presentando vn dicho, que contiene muchas nulidades en su forma, y falsedad en su sustancia. Para lo qual se supone, q̃ auiendo pedido Villarroel termino vltramarino nominatim para examinar este testigo, y gazado del, cautelosamente dexò passar todo el termino, y dos meses mas: y despues desto, y de hecha publicacion tuuo maña y inteligencia, para que Pedro de Vesga hiziesse esta declaracion en virtud de vnas censuras generales del Vicario de Alcala, dadas para diferente efeto, y solo para este partido. Y se traçò por parte de Villarroel, que le requiriessen con

ellas. Ex quibus reſultan muchas nulidades patẽtes. Primò, que no ſe pueden dar cenſuras para que declaren teſtigos en virtud dellas ſobre pleyto pendiente en Tribunal ſeglar: mayormente quando ſe trata de derecho particular de alguno (vt in noſtro caſu) vt latè diſputat Gutier. canon. quæſt. c. 11. per tot. Y eſto procede con mayor razon en pleyto que ſe trata en Tribunal tan ſuperior, como el Conſejo, y en caſo que no eran neceſſarias cenſuras cẽſuras para el examen de Veſga; pues el fin para q̃ ſe dã en los caſos permitidos es, para que ſe reuele la verdad, que no ſe puede ſaber por otro modo: y Veſga pudo ſer examinado por los medios ordinarios y juridicos, y por recetoria del Conſejo: y omitir eſtos, valiendoſe de otros, no ſolo induce nulidad, ſino ſoſpecha: y no hazemos caſo de los teſtigos con que Villaroel pretende prouar, que no pudo Veſga dezir de otro modo: porque de mas que de ſus declaraciones ſe vee quan vagas ſon, y ſin fundamento, ſon teſtigos extrajudiciales que dixeron ſumariamente ſin citacion de doña Catalina, y en virtud de cenſuras, y no eſtan ratificados, y en eſto nos remitimos al memorial, fol. 2. b.

44 Secundò, que quando eſto ceſſara, las cenſuras ſe dieron para diferente fin, y limitadamente para eſte partido: y aſsi no pudiera el Ordinario del Arache vſar, ni requerir con ellas ſin requiſitoria, vt eſt notum.

45 Tertiò, ſer extrajudicial eſta declaracion, y ſin citacion de doña Catalina, & ita nullius momenti. Adeò, que mil teſtigos ſin citacion de parte no prueuan, ni baſtan todos a hazer indicio, vt per text. in l. ſi quando, cum Auth. ibi poſita, C. de teſtib. tenent Bertaçol. conſ. 359. n. 22. lib. 2. Burſat. qui alios allegat conſ. 201. num. 44. lib. 2.

46 Quartò, auerſe hecho eſta declaracion tantos dias deſpues de paſſado el termino vltramarino, pues aunque huuiera jurado dentro del, fuera nulo el dicho: porque quando el termino es legal, como el vltramarino, no baſta jurar dentro del, l. 1. tit. 6. lib. 4. Recop. ibi: *Para prouar, y auer prouado*, quam in hoc allegat Caſtill. in l. 64. Taur. gloſ. verb. *Paſſados*, Auend. de exequend. 1. p. c. 16. in princ. Didac. Perez in l. 5. tit. 8. lib. 3. ord. gloſ. verb. *No ſeyendo*, Gutier. 1. pract. q. 54.

47 Præterea, quando eſta declaracion fuera judicial, y careciera de las nulidades referidas, della miſma ſe conoce ſer afectada y ſoſpechoſa, porque ſe eſtiende a muchas coſas fuera del interrogatorio, en orden, y con animo de perjudicar a doña Catalina, y de las mas notables, de que es cierto auia de tener Veſga mayor me-

memoria, dize, que no ſe acuerda, y aſsi afirma que vio la eſcritura de capitulaciones en borron: y ſiẽdo la promeſſa de 4U. ducados, que ſe hizo en ella la coſa en que mas ſe pudo reparar, y aduertir, dize, que no ſe acuerda que Frãciſco Martinez los prometieſſe, ſiendo aſsi, que depone de coſas muy menudas de la dicha eſcritura, que no le preguntaron: y todas las vezes que el teſtigo depone de algunas coſas, y dize que no ſe acuerda de otras que ſe hizieron a vn miſmo tiempo, acto y cõtexto, es ſoſpechoſiſsima de falſedad, Bald. in l. Presbyteri, col. 1. C. de epiſc. & cleric. Iaſ. in l. præſcriptione, col. 2. C. ſi contra ius, vel vtilitatem publicam, Dec. conſ. 105. col. 4. ſingulariter Crau. conſ. 234. n. 13. lib. 1. ibi: *Quare magis recordatus eſt de vno, quàm de alijs? Rurſus agitur de re breuis temporis, quomodo eſt veriſimile, quòd de vno tantum recordaretur? Profectò ex hoc ſuſpectiſsimum redditur, maximè quãdo dicit ſe non recordari de his quæ eodem contextu geſta ſunt.* Y quando las coſas de que dize que no ſe acuerda, ſon las mas dignas de tener en la memoria.

48 Y quando fuera teſtigo judicial, y ſin ſoſpecha, no hiziera fee ſu declaracion en quanto a eſta eſcritura de Andres de Ribera, porque no depone afirmatiuamente, ni concluye, y ſolo dize, q̃ no ſe acuerda, ni tiene noticia della, ni auer ſido teſtigo: y el que dize que no ſe acuerda de lo que ſe le pregunta, no prueua: ita notanter in terminis ſcripſerunt Probus ad Ioan. Monach. in c. Romana, n. 17. de teſtib. Alex. conſ. 7. n. 7. lib. 1. & conſ. 187. nu. 9. lib. 7 & multa ad materiam tradit Monticel. in repet. rubric. *Quid ſi per verbum neſcio, vel non recordor*, fol. 248. col. 1. & 2. Y eſto procede con muy mayor razon quando el teſtigo es pregũtado de hecho propio, como en nueſtro caſo, porque entonces no ſe preſume, ni es veriſimil, que ignore lo que ſe le pregunta, nam ignorantia facti proprij non præſumitur, vt eſt vulgare. Y por eſta miſma razon el teſtigo que depone afirmatiuamente de hecho propio prueua mas, porque ſe preſume ſaber lo que dize cõ mayor certeza, ex doctr. Caſtrenſ. in l. quicumque, C. de ſeruis fug. quem cæteri ſequuntur. Mayormente auiendo ſido Pedro de Veſga de caſa de Franciſco Martinez, y perſona, que (como el miſmo dize) ſabia todo lo que paſſaua en ella: y aſsi es cierto, que ſino huuiera ſido teſtigo deſta eſcritura dixera afirmatiuamente, que no ſe hallò preſente a ella; que es el modo formal cõ que han de deponer los teſtigos eſcritos en el inſtrumento para reprouarle, l. 115. tit. 18. p. 3. ibi: *Que no ſe acertaran.*

49 Quibus accedit, que quando aquello de que dize el teſtigo no acordarſe, es aſsiſtencia, o preſencia de perſonas, induce mas ſoſ-

ſoſpecha en ſu dicho; idem Crau. vbi ſup. d. n. 13. ibi: *Quanto magis quando dicit ſe non recordari de perſonis, quæ ſimul dicuntur fuiſse præſentes: facilius enim obliuiſcitur quis de verbis, quàm de perſonis, vt patet per rerum experientiã.* Mayormente quando el teſtigo depone acerca de auerſe hallado, o no ſu propia perſona. Y omitimos dezir los defectos que padece la de Pedro Gonçalez de Veſga, que ſi fuera neceſſario ſe huuieran prouado, y aunque no conſta del pleyto, es cierto que ſalio de aqui deſterrado a la fuerça del Arache, donde lo eſtà por cauſas muy feas.

50 Y quando todos los fundamentos referidos ceſſaran, y Veſga fuera teſtigo inſtrumental y concluyente per neceſſe, iuxta, c. in præſentia, de prob. cum ibi notatis, no pudiera ſu dicho deſtruir la firmeza y autoridad deſta eſcritura, la qual preualece ſi el eſcriuano es de buena fama a todos los teſtigos inſtrumentales q̃ la impugnan: y ſi la falta eſta calidad, es neceſſario que concurrã todos para reprouarla, vt eſt l. 115. tit. 18. p. 3. vbi Greg. ſummat. *Si verò factum eſt modici temporis, & notarius nõ eſt bonæ famæ, & omnes teſtes contra ſcripturam concordent, non creditur ſcripturæ.* Y para que los teſtigos que reprueuan el inſtrumento ſeã creidos, es neceſſario que ſean omni exceptione maiores, d. l. 115. ibi: *Quatro omes buenos è leales.* Y aſsi el que reprueua el inſtrumento deue articular la buena fama de los teſtigos, porque no baſta la ordinaria, vt aduertit Greg. ibidem gloſ. 2. ad fin. Gail lib. 2. obſeru. 157. n. 2. Farin. de falſitat. q. 158. nu. 92. 98. & 100. Morla in emporio tit. 11. q. 5. num. fin.

51 Y quando ceſſara todo lo dicho, y fuera cierto, q̃ Pedro Gonçalez de Veſga no fue teſtigo deſta eſcritura, no por eſſo fuera menor ſu autoridad, porque no conſta q̃ fueſſe el miſmo Pedro Gonçalez de Veſga el teſtigo eſcrito en la eſcritura, en la qual ſolo ſe puſo *Pedro Gonçalez*, y pudo auer otros deſte nombre y apellido, tan comun a muchos: y aſsi no conſta de la identidad con las demoſtraciones neceſſarias para prouarla, de quibus per Bart. in l. demonſtratio falſa, ff. de condict. & demonſtr.

52 Concluyeſe todo lo dicho en eſte punto, que la dicha emienda y teſtadura no arguye falſedad ni dolo, ſino omiſsiõ y yerro: y quando no conſtara eſto por tantas demonſtraciones de euidencia, y veriſimilitud, como ſe han hecho, en duda ſe auia de preſumir yerro y no falſedad, Bald. in l. pen. C. de his, qui in teſtamento ſibi adſcribunt, quẽ ſequuntur Comenſ. conſ. 135. col. 1. Aret. conſ. 47. n. 3. Zucard. in rubr. ff. ſi cert. pet. n. 11. imò ſumitur interpretatio aliquantulum extranea, vt falſitas euitetur, vt ſcribunt omnes in l. 1. in princ. ff. de oper. nou. nunt. Grãmat.

conſ.

conſ.30.n.8.in fin.& falſi coniectura euitatur,quando adeſt aliquod veritatis primordium,Canſtrenſ.in l. cum filius, §.hæres meus,ff.de legat.2.& alij plures quos refert & ſequitur Menoch.præſumpt.21.n.53.lib.9.porque en duda ſiempre ſe juzga en fauor del inſtrumento, cuyo vicio por mas que ſea viſible ſe purga por conjeturas,Speculat.de inſtrum.editione,§.reſtat,n.1.ſequitur Alex.conſ.19.n.15.vol.6.& probatur ex gloſ.in l.2.vbi Bald.C.de pact.

53 Alega tambien Villarroel,que doña Iuana no pudo tener bienes de que hazer el entrego de los 2ӯ. y tantos reales deſta eſcritura,y para eſto ſe vale de la que ſe otorgò el año de 611.ante Lorenço de Benauides,ibi:*La dicha doña Iuana de Chaues me ofreciò en dote 4ӯ.ducados,poco mas ò menos*:dedonde infiere, que auiendole entregado los 41ӯ.y tantos reales de la eſcritura de 4.de Enero de 607.que ſuman los 4ӯ.ducados poco menos, no ſe le pudieron dar a Franciſco Martinez los 22ӯ.y tantos reales deſta eſcritura.

54 A eſto reſpondemos concluyentemente.Primò,que eſtas ſon palabras enunciatiuas, y no del fin para que ſe hizo la eſcritura, y aſsi no prueuan,ni diſponen,ex vulg.iurib.

55 Secundò,que en eſtas palabras huuo yerro conocido, como conſta de las ſubſiguientes,ibi:*Quatro mil ducados poco mas, o menos,como parece de la eſcritura de dote que en ſu fauor otorguè,a que me refiero*:y de la eſcritura de dote y promeſſa,a que ſe refiere, conſta el yerro deſta narratiua, pues no ſe le ofrecio cantidad ſeñalada,ſino generalmente todos los bienes que pertenecieſſen a doña Catalina de ſu legitima,paterna y materna:y aſsi no ſe deue atēder a la eſcritura que refiere,ſino a la relata,vt ſunt iura vulgaria,in l.aſſe toto,ff.de hæredib.inſtituend.Auth.ſi quis in aliquo documento.

56 Tertiò & ex abundanti,porque quando en la primera eſcritura ſe le huuieran ofrecido a Franciſco Martinez 4ӯ. ducados, no era buena conſequencia hazer impoſsibles los demas entregos,pues pudiera doña Iuana no prometerle entonces mas dote,y deſpues aumentarſela,por ſer doña Catalina ſu hija vnica, aliàs ſeria preciſo confeſſar,que tambien fue impoſsible el entrego de los bienes raizes de Mōdejar,que le dio el año de 611. Y con eſto ſe conuencen tambien los teſtigos,que dizen, q̄ doña Catalina lleuò en dote 4ӯ.ducados,poco mas,o menos, y tā bien,de que demas de la incerteza con que deponen, y que la materia es de calidad,que no pudieron dezir en ella ajuſtadamente,ni con deſignacion fixa y preciſa,pues el dueño de ſu ha

zien-

zienda ſe engaña muchas vezes en el valor della, §. præualuiſſe, inſt. quibus manum. lic. vel non, ibi: *Sæpè enim de facultatibus ſuis amplius, quàm in his eſt ſperant homines*; los teſtigos no pudieron ſaber el valor delos bienes muebles, joyas, y dineros (de que ſe cōpuſo la mayor parte de la dicha dote) que tuuieron ſus padres, pues eſto no ſe manifieſta, ni aun a los domeſticos: y aſsi en ſus depoſiciones ſintieron ſin duda de los bienes raizes, que eran patentes, cuyo valor tampoco ſe deue eſtimar por ſus dichos, por no auer precedido a ellos noticia puntual y ajuſtada de lo que valian: y fuera deſto ſon muchos mas los teſtigos que dizen lo contrario, y preſentados por parte de Villarroel, a que ſe deue dar mas credito, quando los que dizen en fauor ſuyo no tuuieran los defectos que ſe reconocen de ſus miſmas depoſiciones: y no nos detenemos en examinar mas eſto por ſer tan llano, y no dilatar mas eſte papel.

57 Quartò ſe colige lo contrario de lo que dize Villarroel en la eſcritura de recibo de los quarenta y vn mil y tantos reales, anterior a eſta, ibi: *Y que de preſente no le puede entregar la dicha ſeñora doña Iuana muchos de los dichos bienes, aſsi muebles, como raizes, y para que conſte de los que aora le entrega, &c.* Dedonde ſe vee, que quando ſe le hizo el primer entrego a Franciſco Martinez, le quedauan a doña Iuana otros muchos bienes muebles que poderle entregar, y fueron los deſta eſcritura; y eſtas palabras enuntiatiuas, etiam propter aliud, prueuan y diſponen en fauor de la dote, vt ſingulariter reſoluit Nouellus de dote, 6. par. priuileg. 78.

58 Tambien quiere inferir Villarroel, que la dote de doña Catalina no fue tanta, de dos teſtimonios preſentados por ſu parte, vno de vn pleyto executiuo que ſe ſiguio contra Franciſco Martinez por nueue mil ciento y ſetenta y dos reales, a que ſe opuſo doña Catalina por ſu dote, diziendo era en cantidad de mas de diez mil ducados, y otro de vn pleyto executiuo por 11U354. reales, a que ſe opuſo doña Catalina: y en la opoſicion ſe dize: *Lo otro: porque la dicha mi parte truxo a poder del dicho ſu marido mas de cinco mil ducados de dote.* Y aunque eſto no pedia reſpueſta; Dezimos, que deſtos miſmos teſtimonios ſe vee quan poca indicacion ſe puede tomar dellos para regular la dote de doña Catalina, pues vna vez ſe opuſo por 5U. ducados, y otra por 10U.

59 Secundo, que como no ſe trataua de verificar la dote, que lleuò doña Catalina, baſtò expreſſar en la opoſicion la que excedia a la cantidad, por que ſe executaua, y a la hazienda que tenia ſu marido, que era muy poca, o ninguna al tiempo que ſe hizieron las dichas execuciones.

Ter-

60 Tertiò, porque las mismas escrituras en que oy se funda doña Catalina tenia entonces, pues la vltima es del año de onze, y las execuciones se hizieron el año de veinte: y assi se ve, que no se quiso valer de todas ellas en las oposiciones, sino de qualquiera, cuya cantidad excediesse a la por que se executaua. Y por no ser necessario no nos detenemos a examinar, si las confessiones hechas en aquellos juizios executiuos, y para otro fin pudieron perjudicar a doña Catalina en este juizio ordinario, que se ordena a diferente fin, y a la restitucion de toda la dote de doña Catalina.

Escritura de recibo de los bienes raizes.

61 OTorgòse en Madrid a 22. de Febrero de 1611. ante Lorenço de Benauides, y consta por ella, que doña Iuana de Chaues entregò a Francisco Martinez para mas aumento de dote de doña Catalina cantidad de bienes raizes en Mondejar, casas, tierras, y oliuares, estimados y valuados en 69U080. reales: y se obligò Francisco Martinez a que dissuelto el matrimonio los boluera, y sino los boluiere, y pagare los dichos sesenta y nueue mil y ochenta reales, quiere ser executado, como por deuda liquida, &c. (vt in memor. fol. 21.)

62 Por la sentencia del Alcalde, y su acompañado fue condenado Villarroel a que pagasse la dicha cantidad, con que se le recibiessen en cuenta los mismos bienes, en los aprecios que se hizieron quando se entregaron al dicho Francisco Martinez.

63 Doña Catalina pretende, que se ha de emendar esta sentẽcia, y que no ha de recibir en cuenta los dichos bienes en los dichos aprecios, y que caso que los aya de tomar ha de ser en la cantidad de 18U. reales, en que se le remataron, pagandole Villarroel la restante hasta los 69U080. reales.

64 Niega Villarroel estar obligado en quanto a esta partida, por dezir, que se otorgò esta escritura despues que ya el oficio era suyo, y que assi no le pudo perjudicar. A que se responde, que no se atiende al tiempo de la entrega, sino de la promessa de la dote: y assi aũq el entrego sea posterior, tiene efeto retrotractiuo, y y antelacion desde el dia de la promessa, o del matrimonio, cõforme otra opinion, que es lo mismo para nuestro intento, text. vulgar. in l. 1. ff. qui potior. in pign. habeant. ibi: *Non vtiquè solutionis spectanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis*: que habla en propios terminos de promessa de dote, l. qui balneũ, & l. quoties ff. eode, Bart. in l. assiduis, n. 5. C. eod. vbi glos. verb. Hypothecã,

quæ

quæ tradit competere à principio dotis datæ interpretatur, *vel promißa*. Sequendo Cinum ibidem n. 3. & est communis opinio, vt per Boer. decis. 331. per totam, Roder. Suar. in l. post rem iudicatam, limit. 7. n. 4. Nobel. de dote p. 10. n. 37. donde aduierte, que esta prelacion se ha de entender desde el dia del matrimonio, por ser condicion intrinseca de las capitulaciones, y que sin ella no tuuiera efecto.

65 Secundò respondemus, que en la primera escritura de capitulaciones dio Francisco Martinez carta de pago de la dote q̃ se le prometio en ella, y obligò sus bienes a la seguridad de la dote que se le entregasse, porque en esta escritura se obligò *A que siendo necessario haria otra carta de pago con todas las firmezas neceßarias, quando se le entregaße la dote*: y de auer dicho que haria otra carta de pago, se ve, que la dio tambien en esta escritura por la fuerça de la palabra, *otra*, que dize relacion, l. 1. ff. de dolo, & ibi notatur, Butrius cons. 30. num. 2. vers. *Quanquam*. Y dezir, que la daria siendo necessario, supone, que podria ser bastasse la que daua en esta escritura. Y sin embargo para mas cautelar a doña Catalina, y assegurar mas su dote, ofrecio hazer otra carta de pago, siendo necessario: y como esta auia de ser con todas las firmezas necessarias, asi la que le dio en esta escritura tuuo la misma calidad en virtud tambien de la diccion, *otra*, que induce similitud earundem qualitatum, Roman. cons. 485. num. 5. glos. in l. non solum post princip. ff. de procurat. vbi Appostilla finalis, vers. Latrones. Y la carta de pago que dio en esta primera escritura fue general de toda la dote que se le auia de entregar: y la otra, que se obligò a dar quando se le entregasse la dote, mirò a que auia de ser determinada, y especifica de la que se le entregasse, y esto a mayor abundamiento, que lo mismo fue dezir: *Siendo neceßario*.

66 Y aunque esta consideracion no se contiene muy explicitamente en la dicha escritura, se colige expressamente de las palabras referidas, y es la verdad de su sentido, y asi equiuale a qualquiera expresion; nam expressum illud est, quod ex expresis, & argumentis claris colligitur, in terminis nostris Bald. l. 1. §. vt plenius, col. fin. num. 3. C. de rei vxor. act. idem Bald. l. vbi adhuc, 4. col. vers. Aduerte, C. de iure dot. Franchis decis. 325. n. 1.

67 Ex quibus apparet, que aunque la carta de recibo particular destos bienes de Mondejar, se otorgò en esta quarta escritura del año de onze, ya Francisco Martinez auia otorgado carta de pago dellos, aunque no especifica generalmente en la primera escritura referida, y esto bastò para que el oficio, y demas bienes

nes que tenia entonces, quedassen obligados desde luego a la restitucion de todos los bienes que se le entregassen, no solo por la legal, sino tambien por la conuencional.

68 Y por lo menos no se podra negar que en la primera escritura y palabras referidas della quedò luego obligado Frãcisco Martinez a dar carta de pago de los bienes q̃ se le entregassen, y esto cõ todas las firmezas necessarias, palabras que miran a la seguridad de doña Catalina, la qual auia de resultar de obligar Francisco Martinez los suyos a la restitucion de los que recibiesse: y este sentido es preciso destas palabras, sin que se le pueda dar otro mas conueniente; y assi se deue juzgar por expressado: nam quoties verba non possunt se haberi nisi ad vnum casum, & vnum intellectum congruum, etiamsi sit odiosum, ille habetur pro expresso, l. 2. ff. de liber. & posthum. vbi notatur communiter. De aqui es, que luego adquirio derecho doña Catalina para que el oficio, y demas bienes de Francisco Martinez que tenia entonces estuuiessen obligados, y afectos a la dote que ella le entregasse; y en tanto es esto, que no consistia ya en la voluntad de Francisco Martinez obligar sus bienes: porque aunque no quisiesse, auian de quedar obligados precisamente a los entregos de la dote como se le fuessen haziendo: nam si quis promisit se obligare in aliquem casum, habetur pro obligato absque aliquo suo facto adueniente illo casu, Ioannes Andreas in additio. ad Speculator. tit. de obligatio. & solut. y esta doctrina no es disputable, quando la obligacion que se promete hazer no contiene mas que la promessa, y assi se limita in promissione de vendẽdo, aut alijs similibus: mas quãdo la obligacion nihil aliud continet (vt in nostro casu) es comun, y corriente, vt ex multis quos refert & sequitur, resoluit Castillo lib. 2. controuers. cap. 3. per totum, y Flores Diaz de Mena in addition. ad Gammam decis. 13. num. 4. estiende esta doctrina a la promessa de fiar, y hipotecar, & asserit esse communem: y en terminos indiuiduales de nuestro caso son singulares las palabras de Afflictis decis. 61. ibi: *Si maritus conuenta dote se obligauit, quando solueretur illam cautelare, & promittere restitutionem, si postea revera fuerit soluta, & non fecit confessionem, habetur tamen pro obligato.* Alexan. in l. cùm fundum, §. secundum tamen, ff. si certum petat. Iaso in l. dominus, ff. de condictio. indebit. Y el auer de quedar obligados los bienes del marido, se juzga por condicion intrinseca del matrimonio, aunque no

se expresse, vt tenet apertè Baldus Nouel. de dote, p. 10. n. 37.

69 De lo dicho se colige necessariamẽte, que auiendo de quedar el oficio obligado a la seguridad de los bienes de Mondejar, eo ipso que los recibio Francisco Martinez, aunque el no quisiera obligarle, no le pudo enagenar sin esta calidad, y enagenandole, passò con ella a Villarroel: de tal manera que luego que se entregaron a Francisco Martinez los bienes de Mõdejar, quedò obligado el oficio como si estuuiera en su poder, y no le huuiera vendido, y no solamente passò con la causa presente, sino con la que auia de tener precisamente si estuuiera en poder de Francisco Martinez, textus expressus & singularis ad propositum in l. 67. ff. de contrah. empt. cuius verba sunt: *Alienatio cùm fit cum sua causa dominium ad aliud transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset, idq; toto iure ciuili ita se habet.* Bonus est textus ad propositum in l. lex vectigali, ff. de pignorib. confert doctrina Baldi in l. 2. C. de rescind. vendit. q. 13. nu. 17. y esto se reconocio por llano en la sentencia, pues fue cõdenado Villarroel a pagar los 69U080. reales del valor destos bienes rayzes, y el agrauio que contiene contra doña Catalina el mandar que se baxe desta cantidad los mismos bienes en los aprecios que tenian quando se dieron a Francisco Martinez.

70 Este agrauio es notorio, y assi fundaremos breuemente, q̃ a doña Catalina se le deue pagar la dicha cantidad, sin q̃ tenga obligacion a recibir los dichos bienes mas que en el valor en que se le remataron: y esto parece llano, constando por las prouanças que ha hecho doña Catalina en ambas instancias con tanto numero de testigos, y de los presentados por parte de Villarroel, que por culpa de Francisco Martinez, y omission que tuuo en el beneficio, reparo, y administracion de los dichos bienes, han perdido de los valores que tenian al tiempo que se le dieron todo aquello en que se remataron menos a doña Catalina: y assi es cierto que no tiene obligacion a recibirlos, sino la estimacion en que se dieron a Francisco Martinez, o en la que se le remataron a doña Catalina, expressa l. 18. tit. 11. p. 4. ibi: *Fueras ende si la muger pudiesse prouar que auino daño en aquello que se le dio por dote.* Y esta culpa bastàra q̃ fuesse leue, vt resoluit Couar. c. 28. pract. nu. 4. & leuissimã sufficere tradit Campetius tract. de exactio. dotis. Y aunque las deterioraciones fuessen posteriores a la venta del oficio, tuuiera doña Catalina prelacion en la cobrança de la dicha cãtidad

à die

à die contracti matrimonij,l.cùm oportet,§.fin.ibi: *Initiũ gerendæ,vel deſerendæ obligationis eſt ſpectãdum, & non tempus , ex quo mali aliquid geſtum fuerit.* Contra eſto ſe alega que eſtas deterioraciones no ſe pueden pedir a Villarroel por ſer accion perſonal;que no ſe dà contra ſingular ſuceſſor. Cæterùm reſpõdemos concluyentemente;que doña Catalina no pide derechamente deterioraciones por acciõ perſonal , ſino la reſtituciõ de ſu dote por la hipotecaria. Y aunque ſe le den en pago della los meſmos bienes dotales,ſi eſtan deteriorados, es como ſi no ſe le huuieſſen reſtituido,y aſsi le queda , y compete por ellos la primitiua accion hipotecaria,ſin que tẽga neceſsidad de vſar de la perſonal por las deterioraciones , textus expreſſus & formalis iuncta glo.in l. 3.§.ſi reddita,ff.cõmodati,ibi: *Si reddita quidem ſit res cõmodata,ſed deterior red dita,nõ videtur red dita,quæ deterior facta redditur. niſi quod intereſt,præſtetur.* Y eſto no es por ficcion,o impropiedad, nã vt inquit idẽ textus ſequentibus verbis: *Propriè enim dicitur res nõ reddita,quæ deterior reditur.*

71 Y para ajuſtar la aplicacion deſte texto indiuidualmente a nueſtro caſo,ſe aduierte,que la accion ex ſtipulatu pro dote, que oy compete,eſt bonæ fidei, como lo era la rei vxoriæ , vt eſt notum,& habetur expreſsè in l.vnic. C. de rei vxor.actio. §.fuerat,inſtit.de action.y la hipotecaria ſe dà por todo aquello que viene en la accion dotal,Bald.l.vnic. §.ſed vt plenius, C.de rei vxor.ineſtq;actioni dotali,d.lex vnic.§.& vt plenius C.de rei vxoriæ.Con lo qual ſe aplica indiuidualmẽte a nueſtro caſo el texto ponderado,quem ſummat Bart. *In actionibus bonæ fidei nõ videtur res reddita,quæ deterior redditur: ideò actio prima durat.* Et gl.ibi verb. *nõ videtur*,diſtinguit his verbis: *Si pro re ipſa quæ eſt ſoluta , aliquid deſit,res ipſa petitur,vt quia alij obligatã tradas: ſecus ſi res deterior eſt in contractibus ſtricti iuris: & hæc diſtinctio in cõtractibus ſtricti iuris locum habet,ſecùs in actione bonæ fidei,vt hic, nam tota petetur.* Quã diſtinctionem omnes ſequuntur, y aſsi conſta que conforme a eſto ſe le deue pagar a D.Catalina el valor de los bienes raizes enteramente por los aprecios en que ſe dieron a Franciſco Martinez,pues no ſe le hã buelto,ni pide deterioraciones , ſino la dicha eſtimacion por la accion primitiua que conſerua.

72 Y no puede prejudicar a D. Catalina tener oy poſſeſsiõ de los dichos bienes de Mondejar,porque eſto es licito a la muger en tãto que ſe le paga ſu dote,vt expreſs è tenet Bart. cõſ. 121.tit.1.Puteus deciſ.463.nu.4.

Y qu an-

73 Y quando cessaran los fundamẽtos referidos, ay otro precisso, que solo bastàra a justificar la pretension que tiene doña Catalina contra el oficio por estos bienes rayzes, y es, que Francisco Martinez no le pudo enagenar, por auerle hipotecado con clausula prohibitiua de enagenacion, y consiguientemente la venta del fue nula, y assi fuera necessario se deuiera considerar como si estuuiera en poder de Francisco Martinez, o de sus herederos, por lo que toca a doña Catalina, vt est textus vulgar. in l. si creditor, §. fin. ff. de distract. pignor. quem omnes communiter ad hoc notant.

Satisfazese a algunas excepciones de Villarroel comunes à todas las pretensiones de doña Catalina.

74 VNa dellas es, que las confessiones que hizo Francisco Martinez, fueron hechas constante matrimonio, y assi no pueden perjudicar a Villarroel.

75 A esto dezimos, que no estamos en terminos de dote confessada, sino de dote numerada, entregada, y recibida por Frãcisco Martinez con fees de los entregos. Quo casu no se puede dudar, q̃ la confession de dote recibida hecha en qualquier tiempo, perjudique a qualesquier acreedores, aunque seã anteriores: y es tã llano esto, que no admite disputa, ni la ha mouido autor antiguo, ni moderno, en tanto que aunque no cõstara de los entregos por escrituras autenticas (como en nuestro caso) bastàra que la confession fuera verosimil, y que concurrieran con ella algunas conjeturas para quedar prouado el recibo de la dote y cantidades expressadas en perjuyzio de qualesquier acreedores, Bald. in l. 1. C. de priuileg. dotis, Petr. Surdus decis. 105. nu. 7. & 8. ibi: *Sextò adest, confessio Bernardini mariti, quæ etsi tertio nocere non soleat, tamen probat, quando est verosimilis & coniecturis nititur. Baldus cons. 117. vol. 2.* Idem Surd. cons. 290. nu. 46. vsque ad 49. idem tenet expressè Alex. Ludouis. decis. 62. nu. 1. vsque ad 6. Socin. cons. 122. nu. 7. lib. 3. Curtius Iuni. cons. 70. Y quando se verifica, y ay certeza de la mayor parte que la escritura contiene, lo demas sin otro argumento se presume verdadero, Petrus Surdus decis. 199. n. 3. Gratian. disceptatio. forens. tomo 2. c. 362. nu. 17. & 18. Y en el 16. resuelue, que quãdo es passado el termino de oponer la excepcion non numeratæ dotis talis cõfessio præiudicat, tam marito, quàm creditoribus, & tertio possessori, etiam quando non

non præcesserit dotis promissio, Couarr. 1. var. cap. 7. num. 6. Y assi quando nos fundaramos solamente en las confessiones de Francisco Martinez, bastaran a verificar los recibos, por cõcurrir tantas conjeturas, y adminiculos de veri similitud, como en nuestro caso, donde ha prouado doña Catalina muy cumplidamente en ambas instancias la mucha calidad de sus padres, y que con la hazienda que tenian viuian, y se tratauan con el lustre, y autoridad conueniẽte a ella: y assi mismo, que doña Catalina fue su hija vnica, y vniuersal heredera, sin que aya prouado Villarroel contra esto cosa alguna que concluya; y assi quando la dote de doña Catalina sonara de muy mayor cantidad, y no constara della, sino por la confession de Francisco Martinez, era bastante lo referido para juzgarla verdadera: mayormente cõsiderando, que despues de casado Francisco Martinez con doña Catalina procedio con mas atencion a sus conueniencias, y a las de su muger, grauandola quanto pudo en todas ocasiones (como se vee de las escrituras referidas) donde puso calidades de mucho perjuizio, y contrarias al comun estilo, cautelandose en todas, con que cumpliesse boluiendo los bienes que recibio en el ser que tuuiessen, con lo qual auia de correr por doña Catalina el menoscabo dellos, que sobreuiniesse sin culpa de Francisco Martinez.

76 Secundò respondemos, que quando no constara de los entregos, bastaran las confessiones de Frãcisco Martinez a prouarlos, por auer procedido promessa de dote, qua præcedente sola confessio probat dotis receptionem, l. in contractibus, §. quoniam, vers. Illis tamen securitatibus, C. de nõ num. pecun. etiam in periudicium posteriorum creditorum, vt latè pluribus comprobat, & resoluit Couarr. 2. var. cap. 7. vers. Cæterum egregia. Y no fuera de consideracion auer sido la promessa general, porque demas de que fue cierta por auerse de certificar de los bienes prometidos, iuxta iura vulgaria, quando la promessa general se haze por el padre, o la madre vale, como si fuera especifica, que es el verdadero sentido de la ley cũ post, §. gener, ff. de iure dotium, quem sic intelligit Barbosa in l. 1. 3. par. num. 45. sol. matrim. & conciliat cum l. 1. C. de dotis promissione, & Nouellus de dote, 6. p. priuile. 11.

77 AVnque no era necessario satisfazer al defecto de excussiõ, q̃ se opone por Villarroel, pues por la hipoteca expressa, y pacto de no enagenar podiamos pedir derechamente al oficio (como queda aduertido.) Tamen ex abundanti dezimos, que la excusſion se hizo legitimamente: porque auiendose sacado mandamiento de execucion contra los bienes de Francisco Martinez, y sus hijos menores, se les nombrò curador ad litem, al qual se notificò el estado, y se opuso, y en contraditorio juizio obtuuo doña Catalina sentẽcia de remate, y en ella rematò el Alguazil las casas de la plaçuela del Angel; y en virtud de requisitoria se hizo en Mondejar remate de los bienes raizes, y se requirio al curador diesse bienes para acabar de hazer pago a doña Catalina. Respondio, que no auia otros, ni el Alguazil los podia hallar: con lo qual quedò formada la excusſion, ex his quæ tradit Bald. & communiter omnes in auth. hoc si debitor, C. de pignor. & auth. sed hodie, C. de act. & oblig. Bart. & reliqui in l. à Diuo Pio, §. in vendit. ff. de re iudic. y auiendo passado mas de onze meses, desde que se hizo el requirimiento al curador, hasta que se intentò este pleyto: y teniendo los Alguaziles mandamiento para hazer diligẽcias, nunca pudieron descubrir mas bienes, ni el curador los dio: y assi solo el transcurso de tanto tiempo era bastante para el efeto de la excusſion, Bart. in d. §. in vendit. n. 7. Bald. in d. authent. sed hodie, nu. 2. circa fin. & multis comprobat Matth. Coler. de processib. executiuis, 1. p. c. 6. n. 159. vsquè ad 161.

78 Secũdò, porque Francisco Martinez no dexò mas bienes, q̃ los rematados, y algunos muebles de tampoco valor, como se conoce por las partidas del inuentario, que verisimilmente no pudieron bastar para hazerse los gastos de su entierro, conforme a su estado, pues este gasto era forçoso, y con prelaciõ a qualesquier deudas, ex l. impensæ, ff. de relig. & sump. funer. Y aunq̃ se le ha requerido diuersas vezes a Villarroel en el discurso deste pleyto, diga si ay otros bienes de Frãcisco Martinez, y q̃ se cessaria en las diligencias que se han hecho contra el, no los ha dado, y es notorio q̃ no los ay: con lo qual quedò perfeta la excusſion; nam vbi notorie constat aliquem, nõ esse soluendo excusſio perficitur, glos. sing. in l. decem 116. ver. *Excussum*, ff. de verb. oblig. donde auiendo dicho el texto, que no se podia pedir a Meuio antes de hazer excusſion en los bienes de

de Ticio,añade,que eſto procede ſi ay duda de que los bienes de Ticio alcançaran a la paga del debito:pero que ſi ay certeza,que ſolamente ſe puede cobrar la mitad dela deuda deſtos bienes,ſe puede pedir derechamente la otra mitad a Meuio, ſequitur ibi Bart.num.2.vbi ſugerit quod illud, quod dicitur, quòd priùs debet excuti reus principalis,eſt verum quando à principio certum non eſt,principalem nõ eſſe ſoluendo, gloſ. in l.fin. verſ. Sed etſi cum Seio,ff.ſi cert. petat. & hanc eſſe communem fatetur Iaſ.in d.l.decem,n.27.

79 Tertiò,porque quando huuiera tenido algun defeto la excuſsion en ſu principio(quod negamus)baſtara auerſe juſtificado la falta de bienes de Franciſco Martinez en eſte pleyto, para que la ſentencia fueſſe legal,vt docet egregiè Greg.Lop. in l.14.tit.13.p.5.gloſ.verb.*Primeramente*,limit.12.ibi:*Duodecimò limita, niſi pendente proceſſu ſuper hypothecaria conſtaret de inopiâ debitoris,& ſic fieret diſcuſsio quia ſufficeret,ac ſi ante litem conteſtatã facta eſſet*.Bald.in l.cum teſtamento,C.de teſtament. Y en eſte pleyto es mas euidente la falta de bienes de Franciſco Martinez,por los requirimientos hechos a Villarroel,como ſe ha dicho:y aſsi es maliciosa la opoſicion que haze, ex his quæ tradit Angel.in d.§.in vendit.n.2.donde reſuelue, que ſi al poſſeedor de la hipoteca ſe le requiere,o proteſtá que ſeñale bienes del principal,no lo cumpliendo queda juſtificada contra el la accion hipotecaria,quem ſequuntur ibidem Alex.num.24. Iaſ.n.28. & latè proſequitur Surd.conſ.39.n.18.& ſequentib. Y con eſto ſe ſatisfaze tambien al defeto de citacion que ſe alega,pues demas que no era neceſſaria, porque entonces no ſe ſeguia el pleyto,ſino con los hijos, y herederos de Franciſco Martinez:y ſi en ſus bienes huuiera baſtante cantidad, no era neceſſaria la hipotecaria contra el oficio: y no deuen ſer citados,ſino los que tienen principal intereſſe, vt traditur in l.ſæpe,ff.de re iud.in l. de vnoquoque, ff. eod. vbi omnes notant. quando huuiera neceſsidad de hazerſe la dicha citaciõ quedaua ſuplido ſu defeto por el requerimiento, y proteſtacion que ſe hizo a Villarroel,vt diximus.

80 Deniquè,todo lo dicho es ex abundanti,porque la hipotecaria por la dote ſe intenta legitimamente ſin que preceda excuſsion, vt latè per plures rationes, & authoritates reſoluit Nobel.de dote,part.8.priuileg. 37. donde dize tambien, que quãdo conſta no auer bienes del principal, no es caſo dubitable.

Reſ-

Respondese a vnos papeles presentados por Villarroel, por los quales pretende se le han de recebir en cuenta dos mil ducados.

81 SVponiendo en quanto a este articulo el hecho, que consta del memorial a fol. 36. Dezimos, que esta pretension de Villarroel, es vana y sin fundamento, y como tal la omitiò la sentencia del Alcalde, y su acompañado. Sed ex abundanti respondemos. Primò, que estos papeles son autos originales quitados del pleyto donde se dieron: y si el escriuano, en cuyo oficio passò los desmembrò, y quitò del para entregarlos a Villarroel, cometio excesso, y contrauino a la obligacion de su oficio: y si los quitò Villarroel de su autoridad, es el excesso mayor, y se agraua en su persona por ser ministro: y que como tal deue saber lo dispuesto en esta parte por derecho y estilo de la Corte, para que los autos originales no se diuidan del pleyto donde se dieron.

82 Secundò, & concludenter, que los autos del Consejo, para que no pudiesse ser molestado Villarroel por otros acreedores, fueron limitados hasta en esta cantidad de dos mil ducados; y assi no impiden que se pueda pedir a Villarroel por la restante que vale el oficio: y siendo su valor mas de veinte y ocho mil ducados (como es notorio, y consta de los testimonios puestos en el pleyto) aunque no pudiera ser molestado por los dos mil, en lo restante que queda caben todas las pretensiones de doña Catalina: y este es el sentido verdadero de los dichos autos del Consejo, por auer pagado Francisco Martinez estos dos mil ducados al Conuento de Arenas acreedor de Francisco Martinez, con citacion de los demas acreedores: y darles otro sentido es absurdo manifiesto, pues es cierto que el Consejo no auia de quitar sus derechos a los acreedores de mayores cantidades, librando a Villarroel, y al oficio, por auer pagado estos dos mil ducados; mayormente no auiẽdo lastado esta cantidad Villarroel, pues era deudor della, y fue parte de precio del oficio.

83 Menos fundamento tiene dezir, que Francisco Martinez, y doña Catalina impusieron censo desta cantidad en fauor del Conuento de Arenas, y que auiendose redimido con estos dos mil ducados que depositò Villarroel, tiene obligaciou doña Catalina a recebirlos en cuenta: sofisteria que se desuanece ella misma. Et tamen respondemus.

Pri-

84 Primò, que este censo se dio por ninguno en quanto a doña Catalina, por auerle otorgado por fuerça y miedo, como consta del pleyto.

85 Secundò, que quando esto cessara, tuuiera algun color lo que dize Villarroel, si el huuiera lastado, y redimido este censo de su propia hazienda: lo qual no es assi, porque los 2U. ducados con que se redimio fueron hazienda de Frãcisco Martinez, y parte del precio de su oficio.

86 Tertiò, que quando no se huuiera rescindido la obligaciõ de doña Catalina a este cẽso, se deuio siempre cobrar primeramente de los bienes de Frãcisco Martinez, pues fue el principal deudor, y por cuya causa se impuso, y en qualquier caso que doña Catalina lastara algo por el de su dote, tuuiera recurso contra los bienes obligados a ella (vt est notum.)

87 Infiere tambien Villarroel, que doña Catalina consintio en la venta del oficio, de que auiendo pedido en el Consejo se le mandasse dar prouision para que no pudiesse ser molestado por los acreedores de Francisco Martinez conforme à los autos referidos: y auiendo mandado el Consejo que el escriuano fuesse a hazer relacion citadas las partes, y entre ellos Francisco Martinez, y doña Catalina: los quales respõdieron entre otras cosas, que mostrando el dicho Villarroel auer cumplido de su parte, haran, y cumpliran lo que el Consejo tiene mandado, y lo que mas mandare.

Y es de aduertir, que aunque el memorial fol. 37. refiere assi el hecho, la verdad es, que esta respuesta en la forma referida la dio Francisco Martinez, y quando se le notificò el auto a doña Catalina, dixo, que respondia lo mismo que su marido, como consta del pleyto. Quo supposito, respondemus.

88 Primò, que desta respuesta de doña Catalina no se puede inferir en manera alguna consentimiento en la venta del oficio, porque el pleyto que se trataua era solamente con Francisco Martinez: y aunque se le notificò a doña Catalina el dicho auto, no le causò perjuizio por no litigarse con ella, mayormente no auiendo decreto del juez especifico para ello: pues aũque se mandò notificar a los acreedores, no tenia derecho entonces doña Catalina para pedir contra el oficio, pues estaua enagenado, y ella tenia en primer lugar derecho contra los bienes de su marido; y si en estos huuiera cãtidad bastante de que pudiesse cobrar su dote, no le tenia contra

el oficio, y esto no se pudo saber, ni le pudo competer derecho contra la hipoteca hasta que muriesse Francisco Martinez, Aretinus in l. ita stipulatus, col. penult. post medium, ff. de verbor. obligation. per legem cùm soluendæ, ff. de distraction. pignor. Nouelus de dote 10. part. num. 37. & communem attestatur Barbosa in l. 1. solut. matrimon. 3. part. num. 32. qui alios plures refert, y assi no pudo contradezir doña Catalina esta venta. Y demas deste fundamento, porque estando casada doña Catalina no podia seguir pleytos, y su marido no lo auia de hazer en su nombre, impugnando la venta que el mismo auia otorgado, y menos dar la licencia para que ella la impugnasse.

89 Secundò dezimos concludenter, que para que perjudique a la muger la enagenacion hecha por el marido, es necessario que concurran los quatro requisitos expressados en el cap. 4. de emptio. & venditio. texto expresso para esto, y todos faltan en nuestro caso.

90 Tertiò, que aunque la muger consienta expressamente a la enagenacion que haze el marido, no por esso es visto renunciar la hipoteca q̃ tiene en ella, Natta cons. 101. vol. 1. n. 12. Roland. à Valle cons. 70. vol. 2. qui multis id cõprobant.

91 Quarto, que aunque en la enagenacion renuncie la muger expressamente la hipoteca, no se prejudica, sino es concurriendo dos cosas (scilicèt) consensus repetitus & expressus post biennium iuxta authent. siue à me, C. ad Velleianũ, y que le queden al marido otros bienes al tiempo de cobrar la dote de que poder recuperarla, vt latè comprobat, & resoluit per plura Gutierrez de iurament. confirmat. 1. part. cap. 1. ex num. 17.

Exhibicion del inuentario pedido por Villarroel.

92 Esta pretension es tan vana, que no es necessario detenernos en ella, pues cõsta que D. Catalina no tuuo obligaciõ a hazer inuentario de los bienes de su padre, ni particiones, por ser su hija vnica y vniuersal heredera, ni le hizo, ni cõsta que le tenga: con lo qual cessa la exhibicion, iuxta iura vulgaria, y assi luego que alegò D. Catalina ante el Alcalde no auer hecho inuentario, no se tratò mas de su exhibicion, como impertinente, y sin fundamento, y assi nos remitimos en quanto a esto al memorial, fol. 1.

Valor

93 Estas casas se le remataron a doña Catalina en 8U.ducados, de que quitadas las cargas de los censos, le quedaron para en parte de pago de su dote 3U500.ducados, pretende Villarroel, que valen 4U.ducados mas del remate, que hā de seruir para hazerse con ellos pago de su dote.

94 Esta pretension tiene tan poco fundamento como las otras, y assi no nos detenemos en ella, porque doña Catalina ha prouado que no valen mas de los 8U.ducados. Y aunque algunos alarifes a instancia de Villarroel solo, y sin citacion de D. Catalina declararon valer mas de los 8U.ducados, esto no es de momento, assi por ser personas que ordinariamente se pagan para hazer estas declaraciones por la parte en cuyo fauor dizen, estendiendose a mas de lo licito, como porque ningun medio ay tan cierto para regular el valor de las dichas casas, como ver lo que rentan, y por las prouanças y declaraciones de D. Catalina hechas a instācia de Villarroel, y cedulas presentadas de los arrendamientos, consta q̃ no rētan a razon de a cinco por ciento cantidad de los dichos 8U. ducados, demas de los reparos necessarios y vacantes, q̃ son muchos; y sin embargo mostrando en esto la justificacion, q̃ en todo lo demas se allana doña Catalina a vna de dos cosas, ò a que tome las casas Villarroel en la cantidad que se le remataron a doña Catalina, ò a q̃ se abra el remate por el tiempo que el Consejo fuere seruido: y si en el se hallare quien dè mas por ellas, las dexarà doña Catalina, y recibira todo el precio en pago de su dote.

Reditos de la dote de doña Catalina.

95 Pretende doña Catalina que se ha de confirmar la sentencia del Alcalde, y del señor Licenciado Ioseph Gonçalez su acompañado, en que se mandò que Villarroel le pagasse reditos a razon de a cinco por ciento de todas las cantidades en que fue cōdenado desde la muerte de Francisco Martinez.

96 Opone Villarroel, que estos reditos no se pueden pedir en virtud de la hipotecaria, ni compete por ellos.

97 Aunque algunos autores pueden dar ocasion de dudar en este punto de la poca distincion con que hablā en el: tamen

enten-

entendidos,como,se deue se reconocera claramente la justicia de doña Catalina: y assi dezimos, que los Autores que parecen contrarios a su pretension, disputan la duda en terminos de los alimentos que se deuen a la muger; y en esto ay variedad si compete, o no por ellos la hipotecaria, la negatiua tienen Bart. in l. Lucius, ff. de aliment. & cibarijs, num. 4. Roman. cons. 454. num. 28. Panormitan. cons. 43. vltim. dubio, lib. 2. Alexand. in l. si cum dotem, §. sin autem, à num. 10 Bald. Nouel. de dote, 6. par. priuileg. 7. nu. 4. Socin. cons. 41. num. 1. lib. 4. Alciat. responso 332. lib. 2. qui neutram firmat opinionem, Castrens. cons. 8. lib. 2.

98 La parte afirmatiua siguen Bart. in l. si cum dotem, §. sin autem in seuissimo, num. 7. ff. solut. matrimon. Guid. Afflict. Ruin. qui communem asserit Misingerius, qui approbatam vt æquiorem dicit. Negusant. Corduba de Lara, & Gutierr. in locis citatis à Barbosa in l. 1. 3. p. 27. ff. solut. matrim. Bald. in l. vnica, §. & vt plenius, C. de rei vxoriæ, in princip. Cumman. in d. §. sin autem, solut. matrim. vers. Nota alimẽta præstari, Paul. de Castr. & Alexand. ibidem Socin. consil. 41. vol. 4. vers. *Sed hæc responsio*, Speculator de donat. inter virum, §. vltim. vers. *Sed nunquid*, Aretinus, §. fuerat, vers. *Quæro an bona mariti*, inst. de actio. Misinger. centur. 1. obseruat. 64. Surd. de aliment. q. 31. vbi late.

99 Y aunque disputada esta question en terminos de alimentos es mas prouable, y comunmente seguida la afirmatiua, no necessitamos de examinarla, porq̃ los terminos de nuestro caso son diferentes, pues no se trata de alimentos, sino de reditos de la dote, y en estos corre diferente razon, y compete la hipotecaria por ellos, sin que se pueda dudar desta verdad, quod constabit ex multis.

100 Primò, porque los reditos son accessiones de la misma dote, y que proceden, o pudieron proceder della: y los alimentos por que niegan los Dottores, que siguen esta parte, competir la hipotecaria, son los que deue el marido a la muger ratione matrimonij, & non ratione dotis, porque la obligacion destos parece que es solamente personal: y assi quando son correspetiuos a la dote, y que proceden della, los mismos autores de la parte contraria sienten, que tienen priuilegio de hipoteca. Y esta es la mente, y verdadero sentido de todos los Autores referidos, como se reconocerà claramente vistos en sus lugares: con que a mi parecer quedan reducidos

a con-

à concordia, Surdus vbi suprà num. 8. vbi dixit bona mariti esse hypothecata pro alimentis, quæ occasione dotis debentur, idquè multis comprobat Misingerus loco citato, num. 4. Ait, *Limitanda est hæc conclusio quando alimenta essent correspondentia quantitati dotis*; & allegat Bart. Speculatorem, & Castrensem, idem dicentes, y es texto expresso para esto la ley 2. de alim. & cibar. leg. Y respondiendo Barbosa loco citato, num. 29. a este texto por ser de la opiniõ negatiua: de su misma respuesta se conoce, que conuiene en nuestro intento; nam dicit, dictam legem procedere, quando aliqua bona designata sunt pro alimentis: idem tenet Couarr. de sponsalibus, 2. par. cap. 8. §. 6. num. 14. circa finem, con que no viene a ser contrario Barbosa bien entẽdido: y aunque de los alimentos passa a resoluer proceder lo mismo en los interesses, y vsuras de la dote, es sin duda que no sintiò de los interesses que proceden della, sino de los que se estiman por el lucro cessante, o damno emergente: como si la muger dixesse, que por no auersele pagado la dote perdio aumentos de hazienda que pudiera auer grangeado, o recibio daños en ella, lo qual tiene muy diferente inspeccion, que los reditos de a cinco por ciento, que justa y legalmente se considera, que pudieron proceder de la dote, si la huuiera cobrado doña Catalina desde que murio su marido: y esto procede mucho mas en España, donde es tan facil comprar censos con el dinero, de cuyos reditos huuiera gozado doña Catalina, teniendo saluo el capital de su dote. Vndè constat, que estos reditos que pretende doña Catalina, ni se deuen considerar como alimentos, ni como interesses en el sentido dicho, ni como vsuras, que no huuierã producido la dote si estuuiera en su poder, que son de las que habla Barbosa, ita præcise intelligendus loco citato; sino como procedidos deque huuiera gozado doña Catalina, si se le huuiera entregado su dote à die mortis mariti. En este sentido es cierto, que se deuen a la muger los frutos, reditos, y vsuras de la dote, y que las puede pedir por la misma accion dotal, y por la hipotecaria, textus expressus in l. vic. §. sin autem. C. de rei vxoriæ act. ibi: *Statim post dissolutum matrimonium, etiam vsuras æstimationis omnium rerum, quæ extra immobiles sunt, vsquè ad tertiam partem centesimæ ex bona fide introducendas maritus præstet fructibus, etiam videlicet immobilium rerum patri mulieris ex tempore dissoluti*

matrimonij præſtandis.Idem in l.fin.§.Præterea,C.de iur.dotium,& Ripa in l.priuilegia,ff. de priuileg. credit. num. 9. Molin.lib. 4.de primog.c.4.num.6.Cou.3.var.c. 1. nu. 3. qui præter relatos,id tenent expreſſe per textum in l. Lucius 19.ff. qui potiores, quem ſummat Bart. *Quod qui prior eſt tempore pro ſorti principali intelligitur, etiam eſſe prior pro vſuris.* Y eſto no ſolo procede en la hipoteca expreſſa, ſino tambien en la tacita,la qual compete por los reditos, y vſuras con la miſma prelacion,que por el principal,Felic.de cenſib.lib.3.c.5.n.28. Ait; *Verbis, & probabilius eſſe tam hypothecã expreſſam, quàm tacitam competentem pro debito principali competere, etiam pro acceſſorijs, & ideo tacitam hypothecam pro dote habere locum pro vſuris.*

101 Vltimamente es demonſtracion cierta deſta verdad q̃ la dote,eſt quid vniuerſale. Imol.in rubr.ff.ſol.mat.n. 9. & ibidem Ludouic.Rom. Aret.& Alex.n.28.Soc.num.38.& alij quam plurimi,quos refert Matienç.lib.5.tit.2.gloſ. 1. rubricæ,n.2. Y de aqui procede,que los frutos y reditos de la dote ſon parte della; illamquè augent,& veniunt ex natura actionis de dote,l.ſi marito,§.vlt.ff.ſol.matr.prout fit in alijs vniuerſalibus, vt in hæreditate, & peculio, l. item veniunt,§.fructus,ff.de pet.hæred.l. peculium naſcitur, ff. de peculio: res autem ſingulares non augent,vt dixit Bart. in d.rubr.ſol.matrim.n.18.& 19.quem alij ſequuntur. De aqui es,que aunque enlos derechos particulares los frutos y aceſsiones nõ petuntur iure actionis, ſed officio iudicis mercenario (vt in l.4.& ibi notatur,C. depoſiti,l.fin. ff. de eo quod cert.loc.l.cẽtum Capuæ eod.tit.) Tamen los frutos y aceſsiones de la dote ſe piden eadem actione, ex ſtipulatu,vel hypothecaria, & cum eadem prælatione, qua dos ipſa,ita Bald.in l.vnic.§. exactio,&.de rei vxor.act. Y aunque la ſentencia dada en la dote no mencione los frutos della los comprehende, y ſe pueden pedir por la miſma accion,quoniam veniunt ita principaliter vt dos, vt ex d. l.ſi marito,in fin.& ibi DD.Bald.Nouel.de dot.2.p.n.10.in fin.& Matienç.loc.citat.n.5.

102 Conſtat ergo ex dictis,q̃ ſiendo dote los reditos y aceſſiones della: y pudiendoſe pedir por la miſma accion dotal,compete la hipotecaria que ſe da por la reſtitucion de la dote contra Diego Gonçalez de Villarroel, como poſſeedor del oficio de eſcriuano de Camara hipotecado, ſin

que

que se pueda hazer caso de ser tercero, pues no tiene duda en derecho, que en los casos en que compete la hipotecaria, datur etiam contra tertios possessores: y no nos detenemos en esto, porque fuera ignorancia reconocer duda en esta verdad. Y assi esperamos, que V. S. ha de condenar a Villarroel en todas las cantidades referidas, y reditos dellas, y en las de los 4U.ducados de donacion, y recompensa que hizo Francisco Martinez a doña Catalina, pues son tambien parte de dote, y tiene los mismos priuilegios (como queda fundado.) Y porque de lo dicho consta tambien quan sin fundamento es la pretension de Villarroel, de que doña Catalina reciba en cuenta de su dote lo que han rentado las casas y bienes rayzes de Mondejar, despues q̃ los possee, no nos embaraçamos en esto, pues se responde con lo que se ha fundado en este articulo: y assi se ha de seruir V. S. de pronunciar en todo en fauor de doña Catalina, pues es tan clara su justicia. Saluo, &c.

que se pueda hazer [illegible] de ser tercero, pues no tiene [illegible] en [illegible] en [illegible] que compete la hipotecaria, [illegible] tercero poseedor, y no nos detenemos [illegible] ignorancia no consta haya en ello [illegible] que V. S. ha de condenar a Villanueva [illegible] cantidades vencidas, y reditos dellas [illegible] de donacion, y a cumplan [illegible] que a doña Catalina, pues son [illegible] los mismos privilegios como [illegible] fundado.) Y porque de lo dicho consta tambien [illegible] la pretension de Villanueva, de que doña Catalina reciba en cuenta de su dote lo que ha rentado las casas y bienes raizes de Mondejar, de los que le [illegible], no nos embaraçamos en ello, pues se responde con [illegible] articulos; y assi se ha de servir V. S. de pronunciar en todo en favor de doña Catalina, pues es tan clara su justicia. Salvo, &c.